Der gemeinrechtliche Grundsatz der Formlosigkeit von Schuldverträgen ist nicht auf älteres Deutsches Recht zurückzuführen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der Universität Breslau

ACAD. LEGIS. BAT. BIBL.

vorgelegt von

Paul Endlich,

z. Z. Referendar am Kgl. Amtsgericht zu Canth.

Breslau 1909.

Druck von Graß, Barth & Comp. (W. Friedrich).

Gedruckt mit Genehmigung der jur. Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Dahn.**

Korreferent: Professor Dr. **Leonhard.**

Meinen Eltern

gewidmet.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Die Entwicklungsstufen des Rechtes. Der Formalismus. 13
§ 2. Die Formlosigkeit im gemeinen Obligationenrecht. Versuch, diesen Grundsatz auf das deutsche Recht zurückzuführen. 15

Hauptteil.

Vorbemerkungen und Grundbegriffe.

§ 3. Der Formalismus im altdeutschen Rechte 16
§ 4. Schuld und Haftung 19

I. Abschnitt.

Quellenmäßiger Nachweis der Unverbindlichkeit des formlos geschlossenen Vertrages in Deutschland in kritischer und dogmatischer Behandlung.

1. Im allgemeinen:
a) Zurückführung des Grundsatzes auf die deutsche Treue.
§ 5. aa) Die fides bei anderen Völkern, insbesondere in Rom 21
bb) Die deutsche Treue.
§ 6. a 1) Ihre Behandlung bei Tacitus 22
§ 7. b 1) Die Treulosigkeit und ihre Folgen 24
b) Die Rechtssprichwörter.
§ 8. aa) Die Rechtssprichwörter im allgemeinen 25
§ 9. bb) „Ein Mann, ein Wort" 26
2. Im besonderen:
a) Die Zeit der Volksrechte.
§ 10. aa) In der ältesten Zeit: ausschließliche Herrschaft der Bargeschäfte 29
§ 11. bb) Die Entstehung des Obligationenrechtes 33
a 1) Der Formalvertrag.
§ 12. a 2) Das Urteilserfüllungsgelöbnis 34
§ 13. b 2) Form und Wesen der Wadiation 35

Seite

c 2) Die außergerichtliche Wadiation.
§ 14. a 3) in ihrer ursprünglichen Gestalt 38
§ 15. b 3) in Form der Urkundenbegebung 39
b 1) Der Realvertrag.
§ 16. a 2) Die res praestita und die benannten römischen Realkontrakte 41
§ 17. b 2) Anfänge der Bildung eines Realvertrages 42
c 2) Der Arrhalvertrag.
§ 18. a 3) Die arrha als Verzichtspfennig.. 43
§ 19. b 3) Die arrha als Handgeld, schuldbegründend 45
§ 20. c 3) Die arrha in erweiterter Funktion, schuld- und haftungsbegründend 46
§ 21. c 1) Die langobardische stantia 48
§ 22. cc) Resultat. Verwandte Rechte 49
b) Die Zeit der Rechtsbücher.
aa) Das Gelöbnis, der Formalvertrag des Mittelalters.
§ 23. a 1) Das Gelöbnis als formloses Versprechen aufgefaßt 50
b 1) Gegenbeweis.
a 2) Durch Darstellung der Entstehung des Gelöbnisses.
§ 24. Abschwächung der Wadition in Inhalt und Form 52
b 2) Durch quellenmäßige Untersuchung seines Wesens.
§ 25. a 3) Promittere identisch mit loven.. 54
b 3) Spezielle Untersuchung des Wesens des Gelöbnisses.
§ 26. a 4) Geloben gebraucht für geloben auf Treue 55
§ 27. b 4) Das Gelöbnis als Formalakt 69
§ 28. c 4) Das Gelöbnis als Fortbildung des Wadiationsvertrages 73
§ 29. bb) Die „bedächtliche Zusage“ 75
§ 30. cc) Gottespfennig und Weinkauf 78

II. Abschnitt.

Indirekte Beweise für die Richtigkeit der entwickelten Ansicht.

1. Bei Annahme von Formlosigkeit: die altdeutschen Formen — ein „Luxus“.
§ 31. a) Verschiedene Erklärungsversuche 82

Seite

§ 32. b) Die Formen als Bestärkungsmittel 84
§ 33. c) Die Formen als Beweissicherungsmittel..... 86
2. Nachweis von kanonistisch-naturrechtlichen Doktrinen als Grund für die Entstehung des Grundsatzes der Formlosigkeit.
§ 34. a) Ablehnung verschiedener Erklärungstheorien.... 88
b) Der richtige Weg.
§ 35. aa) Der Einfluß des kanonischen Rechtes auf die Bildung des Prinzipes in Italien 91
§ 36. bb) Die Entstehung des Grundsatzes in Deutschland als naturalis ratio 94

Schluß.

§ 37. Allgemeine Betrachtung über Formalismus und Formlosigkeit..... 96

Literatur-Verzeichnis.

Geschichtliche und dogmatische Werke.

Amira, von: Grundriß des germanischen Rechtes. 2. Aufl. 2. Abdr. Straßburg 1901.

— Die Handgebärde in den Handschriften des Ssp. Abhandlung der Kgl. Bayr. Akademie der Wissenschaften I. Kl. 23. Bd. 2. Abtl. 1905.

— Nordgermanisches Obligationenrecht. Bd. I: Altschwedisches Obligationenrecht. Leipzig 1882.

Behrend: Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 21. S. 586 ff.

— In Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1890, S. 596 ff.

Beseler: Die Lehre von den Erbverträgen. Göttingen 1835.

— System des gemeinen deutschen Privatrechts. 4. Aufl. Bd. I. S. 1885.

Bluntschli: Deutsches Privatrecht. 3. Aufl. München 1864.

Brinz: Pandekten Bd. II. 2. Aufl. 2. Abtl.

Brissaud: Manuel d'histoire du droit français 1898.

Brunner: Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde Bd. I. Berlin 1880.

— Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig 1908.

— Die fränkisch-romanische Urkunde. In Goldschmidts Ztschr. f. das ges. Handelsr. Bd. 22 1877. S. 510 ff., S. 553.

— Sippe und Wergeld in Ztschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germ. Abtl. Bd. 3. A. 1882, S. 8 ff.

Dahn: Deutsches Privatrecht. 1. Abtl. Leipzig 1878.

Domaszewski: Die politische Bedeutung des Trajansbogens in Benevent. In Jahreshefte des österr. Archäol. Inst. in Wien II. S. 173 ff.

Egger: Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischem Recht (Gierkes Untersuchungen 69) Breslau 1903.

Ehrenberg: In Ztschr. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch. German. Abtl. Bd. 3. 1882. S. 230 ff.

Eichhorn: Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte Bd. 1—3, Göttingen 1843.

Esmein: Etudes sur les contrats, 1883.
Franken: Lehrbuch des deutschen Privatr. Leipzig 1894.
— Das französische Pfandrecht im Mittelalter. 1. Abtl. Das Engagement. Berlin 1879.
Friedberg: Verlobung und Trauung. Leipzig 1876.
— Das Recht der Eheschließung. Leipzig 1865.
Gengler: Das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen. 4. Aufl. Erlangen und Leipzig 1892.
Gerber: System des deutschen Privatrechts. 16. u. 17. Aufl. Jena 1895.
Graf und Dietherr: Deutsche Rechtssprichwörter, Nördlingen 1864.
Grimm: Deutsche Rechtsaltertümer. 3. Ausg. Göttingen 1881.
— Weistümer, Bd. II. 1840.
Hahn, von, Friedrich: Die materielle Übereinstimmung der römischen und germanischen Rechtsprinzipien. Jena 1856.
Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts. 2 Bde. Leipzig 1886.
Hinschius: In Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 5. Aufl. 1890. S. 278 ff.
Hofmann: Die Entstehungsgeschichte der Obligationen, insbesondere der Vertrag. Wien 1874.
Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. Leipzig 1908.
Ihering: Geist des römischen Rechts II, 1. 4. Aufl. Leipzig 1880.
Kolderup-Rosenvinge: Grundrids af den danske Retshistorie. 2. Aufl. 1832 und 1860. Deutsche Übersetzung von Homeyer 1825.
Kraut: Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht. 6. Aufl. Berlin und Leipzig 1886.
Loersch und Schröder: Urkunden zur Geschichte des deutschen Rechts. Bonn 1874.
Löning: Der Vertragsbruch und seine Rechtsfolgen. Bd I. Straßburg 1876.
Maurenbrecher: Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts. 2. Abtl. 1834.
Michelsen: Über die festuca notata und die germanische Traditionssymbolik. 1856.
Mittermaier: Grundriß des gemeinen deutschen Privatrechts. 2. Abtl. Regensburg 1838.
Nissl: Der Gerichtsstand des Clerus im fränkischen Reich. Innsbruck 1886.
Pappenheim: Launegild und Garethinx. Gierke, Untersuchungen 14. Breslau 1882.
Pertile: Storia del Diritto Italiano. Bd. IV. 1893.
Planck: Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. Bd. I. Braunschweig 1879.
Planitz, Johannes: Die Vermögensvollstreckung im salfränkischen Rechte. Leipziger Habilitationsschrift. 1909.
Puchta: Pandekten. Leipzig 1872.

Puntschart: Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter. Leipzig 1896.

— In Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germ. Abt. Bd. 26. 1905. S. 165—194.

Reyscher; Beiträge zur Kunde des deutschen Rechtes. I. Bd. Über die Symbolik des germanischen Rechtes. Tübingen 1833.

Rintelen, M.: Schuldhaft und Einlager. 1907.

Runde: Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. 6. Aufl. 1821.

Savigny: Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. Berlin 1851.

Schäffner: Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs. 2. Bd. 1850.

Schmidt: Der prinzipielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte. I. Bd. Rostock und Berlin 1853.

Schröder: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 4. Aufl. Leipzig 1907.

— Der altdeutsche Formalismus der Rechtsgeschäfte und seine Nachklänge in der Gegenwart. In Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung. 56. Jahrgang, No. 27, S. 214—216.

Schuler-Libloy: Deutsche Rechtsgeschichte. 2. Aufl. Wien 1868.

Schulte, von: Lehrbuch der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte. 4. Aufl. Stuttgart 1876.

Schwerin, von: Die Treuklausel im Treugelöbnis in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germ. Abt., Bd. 25. 1904. S. 323—344.

Schwind, von: Wesen und Inhalt des Pfandrechts. 1899.

Seuffert: Zur Geschichte der obligatorischen Verträge. Nördlingen 1881.

Sickel: Die Bestrafung des Vertragsbruchs und analoger Rechtsverletzung in Deutschland. Halle 1876.

Siegel: Zur Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens. 1. Bd. Gießen 1857.

— Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Rechte. Berlin 1873.

— Der Handschlag und Eid nebst den verwandten Sicherheiten für ein Versprechen im deutschen Rechtsleben. In Sitzungsberichte der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften. Wien 1894.

— Deutsche Rechtsgeschichte. Berlin 1895. 3. Aufl.

Sohm: Der Prozeß der Lex Salica. Weimar 1867.

— Die deutsche Rechtsentwicklung und Kodifikationsfrage. In Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. I. 1874. S. 246.

— Das Recht der Eheschließung. Weimar 1875.

Stobbe: Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts. Leipzig 1855.

— Reurecht und Vertragsschluß nach älterem deutschen Recht. In Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. 13. 1878, S. 209—259.

Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. III. 3. Aufl. 1893 und Neubearbeitung von H. O. Lehmann. Berlin 1898.
Stouff: Etude sur la formation des contrats par l'écriture. 1887.
Thévenin: Lex et capitula, contribution à l'histoire de la législation carolingienne. Paris 1878.
— Contributions à l'histoire du droit germanique. Paris 1879.
Thudichum, von: Geschichte des deutschen Privatrechts. Stuttgart 1894.
Unger: Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Rechte. In Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgeg. v. Grünhut. Bd. I, S. 357—374.
Val de Lièvre: Launegild und Wadia. Innsbruck 1877.
Violett: Histoire du droit civil français, Paris 1893.
Wach: Der italienische Arrestprozeß. Leipzig 1868.
Walter: Deutsche Rechtsgeschichte. Bonn 1853.
Warnkoenig: Geschichte der Rechtsquellen und des Privatrechts in Frankreich. Basel 1848.
Witte: Die bindende Kraft des Willens im altdeutschen Obligationenrecht. In Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. VI, 1876.
Wodon: La forme et la garantie dans les contrats francs. 1893.
Zeumer: Zur Geschichte der westgotischen Gesetzgebung. II, besonderer Teil. In Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde. Bd. 24, 1899.
Zoepel: Deutsche Rechtsgeschichte. 4. Aufl. 3. Bd. 1872.

Quellenwerke.

Behrend: Lex Salica. 2. Aufl. 1897.
— Die Magdeburger Fragen. Berlin 1865.
Beyer: Mittelrheinisches Urkundenbuch I.
Bluhme: Lex Burgundionum in den Mon. Germ. LL. III 525.
— Edictus Langobardorum in den Mon. Germ. LL. IV.
Ehmck und v. Bippen: Bremisches Urkundenbuch. 4 Bde. Bremen 1873—1893.
Endemann: Das Keyserrecht nach der Handschrift von 1372. In Vergleichung mit anderen Handschriften und erläuternden Anmerkungen. Kassel 1846.
Esmarch: Sammlung der Statuten, Verordnungen und Verfügungen, welche das bürgerliche Recht Schleswigs betreffen.
Ficker: Der Spiegel Deutscher Leute. 1859.
Fidicin: Berliner Stadtrechtsbuch. Historisch-dogmatische Beiträge zur Geschichte der Stadt Berlin. Berlin 1837.
Gaupp: Das schlesische Landrecht.
— Deutsche Stadtrechte des Mittelalters. 1851.

Hach: Das alte Lübische Recht. Lübeck 1839.
Homeyer: Der Richtsteig Landrechts nebst Cautela und Premis. Berlin 1857.
— Des Sachsenspiegels erster Teil oder das sächsiche Landrecht. Berlin 1861.
Hodenberg, von: Hoyer Urkundenbuch, 8. Abtl. Hannover 1848 bis 1855.
— Calenberger Urkundenbuch. Hannover 1855—1858.
Lappenberg: Die ältesten Schiff-, Stadt- und Landrechte Hamburgs. Hamburg 1845.
Laßberg: Schwabenspiegel. 1840.
Maurer, von: Das Stadt- und Landrechtsbuch Ruprecht von Freysingen. 1839.
Mecklenburgisches Urkundenbuch, herausg. von dem Verein für Mecklenburgische Geschichte und Altertumskunde. 16 Bde. Schwerin 1863—1893.
Merkel: Leges Alamannorum in den Mon. Germ. LL. III.
— Leges Baiuwariorum in den Mon. Germ. LL. III.
Napiersky: Die Quellen des Rigischen Stadtrechtes bis zum Jahre 1671, Riga 1876.
Oelrichs: Vollständige Sammlung alter und neuer Gesetzbücher der Kais. und des Heil. Röm. Reiches freien Stadt Bremen. Bremen 1771.
Pertz: Die merowingischen Königsurkunden in Mon. Germ. hist. Hipp. I, 1872.
Rößler: Deutsche Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren II (das Brünner Schöffenbuch) 1852.
Sohm, Lex Ribuaria in den Mon. Germ. LL. V.
Stader Stadtbuch = das älteste Stader Stadtbuch von 1286. Herausg. vom Verein für Geschichte und Altertümer zu Stade. 2 Hefte, Stade 1882 und 1890.
Wasserschleben, I.: Sammlung deutscher Rechtsquellen. Gießen. 1860.
Zeumer: Leges Visigothorum in Mon. Germ. hist. LL. sectio I, tomus I. 1902.
Zoepel: Das alte Bamberger Recht.

Einleitung.

§ 1.

Die Entwicklungsstufen des Rechtes. Der Formalismus.

„Keinem Dichter gehörte das Lied; wer es sang, wußte es bloß fertiger und treuer zu singen; ebensowenig ging das Ansehen des Gesetzes aus von dem Richter, der kein neues finden durfte, sondern die Sänger verwalteten das Gut der Lieder, die Urteiler verwahrten Amt und Dienst der Rechte". Durch diesen Vergleich des Rechtes mit dem Volksliede zeichnet Jakob Grimm[1]) treffend die Auffassung, die man in der ältesten Zeit vom Rechte hatte. Wie das Volkslied nicht aufgeschrieben war und seine Kenntnis sich von Mund zu Mund fortpflanzte, so gab es in der ältesten Zeit auch kein geschriebenes Recht, sondern das Recht lebte in dem Bewußtsein des Volkes, und zwar wie Sitte und Glaube als etwas Heiliges, Unantastbares, „Vom gemeinen Manne ging es aus, in seinem Bewußtsein, mehr noch in seinem Gefühle lebte es." Gelehrte, die aus seinem Studium einen eigenen Beruf gemacht hätten, hatte man deshalb noch nicht nötig. Es war ein allgemeines Gut. Unter dem Einflusse der christlichen Lehre werden diese uralten Gedanken in die Form gekleidet, daß das Recht von Gott stamme, daß Gott selbst das Recht sei. Daher scheute sich das Volk, nach seinem

[1]) In seiner Abhandlung von der Poesie im Rechte in Z. f. geschichtliche Rechtswissenschaft II, 1815, S. 29.

inneren Rechtsempfinden zu urteilen. Es glaubt, daß die Gottheit durch äußere Zeichen entscheidet. Das ist die Zeit des „divinatorischen" Charakters des Rechtes.

Aus dieser ersten Periode gelangt das Urvolk zur zweiten, zur Zeit des strengsten Formalismus, in der, wie Jakob Grimm[1]) sagt, „das sinnliche Element das Abstrakte, Logische, Begriffliche überwog". Nur an der sinnlich wahrnehmbaren Form erkennt der primitive Mensch das Recht. Ein Recht ohne Form ist ihm gleich einer Religion ohne Kultus[2]), d. h. völlig undenkbar. Das sinnlich Wahrnehmbare ist in dieser Periode einzig oder doch wenigstens vorwiegend rechtserzeugendes Element. Auf den inneren Willen der Partei wird nicht der geringste Wert gelegt. Die Anwendung des sinnlich wahrnehmbaren Symbols schafft das Recht unabhängig von anderen Voraussetzungen. Erst dann, als der Wille neben der Anwendung der Form gefordert wird, entwickelt sich eine eigentliche Jurisprudenz.

Auch sie betrachtet zunächst die Anwendung der Form als das eigentlich rechtserzeugende Element. Allmählich drängt sich der Wille als wesentliches Erfordernis immer mehr hervor, die Form verliert ihre frühere Bedeutung als Schöpferin des Rechtes an den Willen, und so kommen wir in langsamer Entwicklung allmählich zu einem Rechtszustande, in dem die Form als wesentliches Erfordernis für die Entstehung des Rechtes völlig ausgeschaltet ist und der Wille es ist, der das Recht schafft. In gewissem Sinne wird jedoch stets ein Anflug von Formalismus im Rechte herrschen, einmal insofern als die Formfreiheit bei einzelnen Geschäften zugunsten einer Form eingeschränkt ist, und andererseits als die mündliche Erklärung als letzter Rest des Formalismus stets zurückbleiben wird[3]).

---

[1]) a. a. O. [2]) Brissaud, Manuel 1358. [3]) vgl. Hübner, Grundz. d. dtsch. Privatr. Leipzig 1908. S. 8 ff. Heusler, Institutionen des dtsch. Privatrechts Bd. I. S. 45—49. Leipzig 1886.

§ 2.

Die Formlosigkeit im gemeinen Obligationenrecht. Versuch, diesen Grundsatz auf das deutsche Recht zurückzuführen.

Mit diesen Worten ist zugleich der Standpunkt gekennzeichnet, den das gemeine Recht einnimmt, und insbesondere die Grundzüge, die sein Obligationenrecht beherrschen. Jeder Vertrag ist erlaubt, wird bindend und klagbar, ohne daß eine bestimmte Form der Willenserklärung erforderlich ist, lediglich durch den übereinstimmenden Willen der Kontrahenten. Auf welchem Wege ist aber dieser Grundsatz in das gemeine Recht gelangt? Da er in schroffstem Gegensatze zu dem römischen Rechte steht, so liegt es nahe, seine Quelle, wenn nicht im kanonischen Rechte, so in der deutschen Rechtsentwicklung zu suchen. Und in der Tat erklärte die ältere germanistische Jurisprudenz[1]) dieses Prinzip als ein ursprüngliches Erzeugnis des deutschen Volksgeistes, während jedoch die jüngere Lehre[2]) mit Überzeugung die Ansicht verficht, das ältere deutsche Recht habe einen Konsensualvertrag ebensowenig gekannt als das altrömische Recht. Zwar hat heute mehr noch als im Jahre 1879 der Ausspruch Frankens[3]) Gültigkeit: „Soweit es unter den heutigen Germanisten herrschende Meinungen gibt, wird der Konsensualkontrakt aus der Reihe der vollwirksamen Verträge des deutschen Rechtes ausgeschlossen". Aber trotzdem haben noch in der neuesten Zeit einzelne Vertreter[4]) an der gegenteiligen Ansicht mit Entschiedenheit festgehalten. Andererseits haben sich auch Versuche bemerkbar gemacht, einen annehmbaren Ausgleich zwischen beiden konträr entgegengesetzten Anschauungen herzustellen. So haben denn einzelne Schriftsteller[5]) die Meinung verfochten, es habe zwar nicht das

---

1) Vertreter vgl. bei Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis, Leipzig 1896, S. VI Anm. 2. 2) Puntschart, a. a. O. Anm. 1. 3) Franken, das französische Pfandr. im Mittelalter. I. Abtl. Das Engagement, Berlin 1879. S. 43. 4) Puntschart, a. a. O. S. VII Anm. 2. 5) a. a. O. Anm. 3.

Prinzip der Formlosigkeit geherrscht, aber die Formen seien wenig streng gehandhabt worden. Bisweilen trifft man auch die Ansicht vertreten, der Formalismus sei schon in früher Zeit dem entgegengesetzten Prinzipe gewichen und seine unbeschränkte Geltung sei mindestens zur Zeit der Rechtsbücher vollendete Tatsache gewesen[1]).

Aus diesen kurzen Andeutungen geht wohl zur Genüge hervor, daß für die in Frage kommende Zeit hinsichtlich der Formfrage auch heute nicht alle Zweifel geklärt sind, wie man denn überhaupt im Gebiet des deutschen Obligationenrechtes in zahlreichen Fragen „nur eine hypothetische Vorstellung gewinnen kann“[2]).

Die vorliegende Abhandlung will nun versuchen, in das System und die Konstruktion des deutschen Obligationenrechtes soweit einzudringen, um die Belege, die die Vertreter der einzelnen Meinungen zur Begründung ihrer Ansicht anführen, zu verstehen und durch eine kritische Betrachtung und Prüfung derselben nach einem Maßstabe, den wir aus der Gesamtkonstruktion des deutschen Obligationenrechtes abstrahiert haben, feststellen zu können, ob sie imstande sind, eine Stütze der verfochtenen Lehre zu bilden.

Hauptteil.

Vorbemerkungen und Grundbegriffe.

§ 3.

Der Formalismus im altdeutschen Rechte.

Wie überall, so herrschte auch im altdeutschen Rechte strengster Formalismus. Das Recht bewegte sich ausschließlich in den Bahnen des Sachenrechtes und forderte

[1]) So Stobbe, Reurecht und Vertragsschluß S. 216 ff. und Privatrecht III S. 64. Behrend, Ztschr. f. Handelsr. XXI, S. 586. Schulte, Reichs- und Rechtsgeschichte S. 482. [2]) Hübner, a. a. O. S. 477.

zu jeder Willenserklärung, die rechtlichen Bestand haben sollte, regelmäßig nicht bloß Verlautbarung in gesprochenen Worten, sondern auch Vornahme gewisser feierlicher Handlungen. Sie sind es, die die Rechtswirkung hervorrufen.

„Besonders auf die Sichtbarkeit legte man das größte Gewicht; denn von dem sinnlichen Standpunkte des älteren Rechtes aus erschien es, wie viele Sprichwörter bestätigen[1]), weit wertvoller, einen Vorgang gesehen als Worte gehört zu haben („Sehen geht über Hören", „Man glaubt den Augen weiter als den Ohren") [2])." Alle Rechtsgeschäfte vollzogen sich daher „mit Hand und Mund" (daher die Ausdrücke: „Handtreue geben", „fidem dare", „fidem facere"). Bei den Sachsen ist zur Gültigkeit von Rechtsgeschäften ihre Vornahme „mit Finger und Zunge" („ore et digito") erforderlich, d. h. eine korrespondierende Handaufrichtung des Versprechenden und des Annehmenden, wobei der Zeigefinger oder zwei bis höchstens drei Finger unter Einklemmung der übrigen, selten die ganze Hand erhoben wurden[3]). Die Finger wurden dabei gestreckt gehalten, nur die Auflassung von Grundstücken erfolgte mit gekrümmten Fingern (curvatis digitis). Diese Sitte hat sich im Holsteinischen, z. B. in Kiel, bis ins 19. Jahrhundert erhalten, wobei man diese Förmlichkeiten früher vielfach für eine Form der Eidesablegung hielt, dabei aber übersah, daß das Aufrichten der Schwurhand beim Eide erst dem späteren Mittelalter angehört, während in der älteren Zeit die Schwurfinger immer auf einen Gegenstand gelegt wurden[4]).

Bei den übrigen Germanen, insbesondere jedoch bei den Langobarden, geschah die Übertragung eines Grundstückes durch Gerreichung oder Gerwurf, eine Sitte, die

---

[1]) vgl. Graf und Dietherr, deutsche Rechtssprichwörter, 2. Ausg. Nördl. 1869. [2]) Hübner, a. a. O. S. 476. [3]) vgl. die Bilderhandschriften zum Sachsenspiegel. [4]) Vgl. darüber Schröder: der altdeutsche Formalismus der Rechtsgeschäfte und seine Nachklänge in der Gegenwart. In Allgemeine österr. Gerichtszeitung, 56. Jahrgang No. 27, S. 214.

sich bei den Langobarden auch am längsten erhalten hat. Später wurde der Ger überall durch einen Stab (festuca, fustis) oder durch einen kräftigen, in Knoten geschossenen Rohr- oder Strohhalm ersetzt, so daß die Stabreichung oder der Halmwurf (festucatio, stipulatio, verpitio) als gleichwertige Formalakte dem älteren Gairethinx an die Seite traten. Auch das Darschlagen, d. h. eine Hinbewegung des Rockschoßes oder eines Stückes der Kleidung nach dem Erwerber hin mit gegenseitiger Handaufrichtung, finden wir bei den Deutschen, nicht nur bei den Sachsen[1]), sondern auch bei anderen Stämmen, da die Darstellung auf der Markussäule sich zwar wohl auf thüringische Naristen bezieht, die Darstellung auf dem Trajansbogen in Benevent jedoch nach Domaszewski[2]) einen Vertrag mit dem Donausueben darstellt. Diese Vertragsschlüsse geschahen aber nach deutschem Brauche, in deutscher Form. Als Beleg dafür ist die Tatsache anzuführen, daß Julian 375 n. d. Schlacht bei Straßburg mit drei alemannischen Königen ein Bündnis schloß, zu dem sie, wie ausdrücklich berichtet wird[3]), „jurantes conceptis ritu patrio verbis“ verpflichtet wurden. Folglich wird auf dem Trajansbogen deutscher Rechtsformalismus zur Darstellung gebracht.

Bisher haben wir von der Formanwendung und Symbolik des deutschen Rechtes im allgemeinen und von einzelnen Formen im besonderen gesprochen und haben gefunden, daß sie im Rechtsleben der ältesten Zeit ein wesentliches Erfordernis auf dem Gebiete des Immobiliarsachenrechtes und auch im öffentlichen Rechte waren. Dagegen haben wir noch nicht ihre Bedeutung im Obligationenrechte berührt. Es würde aber auch unmöglich sein, irgend ein Anzeichen herauszufinden, das darauf deutete,

---

[1]) vgl. Bilder zum Sachsenspiegel, farbige Tafel 67 und von Amira, die Handgebärde in den Handschr. des Sachsenspiegels. Abhandl. d. königl. Akademie der Wissenschaften. I. Klasse 23. Bd. 2. Abtl. 1905.
[2]) Die politische Bedeutung des Trajansbogens in Benevent. In Jahreshefte des österr. archäol. Instit. in Wien. II. S. 173, bes. S. 187.
[3]) Schröder, a. a. O. S. 215.

daß in der Urzeit dieselbe Symbolik auch beim Abschlusse von Schuldverträgen hätte zur Anwendung kommen müssen, um die rechtliche Bindung des Vertrages zu bewirken. Denn in jener ältesten Zeit existierte noch gar kein obligatorischer Vertrag.

Daher sind wir, um unsere Hauptfrage lösen zu können, genötigt, die allmähliche Entstehung des Obligationenrechtes im einzelnen zu untersuchen und bei der Darstellung der Entwicklung des Rechtes der Schuldverhältnisse durch Einblick in die Quellen stets kritisch zu prüfen, ob dem formlosen Versprechen rechtlich bindende Kraft beigelegt wurde.

§ 4.

Schuld und Haftung.

Um dieser Aufgabe, die wir uns setzen, gerecht werden zu können, müssen wir erst auf die wesentlichste Eigentümlichkeit des deutschen Schuldrechtes eingehen, die ihm von Haus aus anhaftete, wie die neuere Rechtsgeschichte aus nord- und südgermanischen Quellen überzeugend nachgewiesen hat, und die den bestimmendsten Einfluß auf seine Entwicklung ausgeübt hat, den Gegensatz von Schuld und Haftung[1]).

Die Schuld (schwedisch: skuld) bedeutete einen Zustand, der durch ein „soll" (ein skall) eingetreten ist. Sie wird begründet durch Delikt und Schuldversprechen. Sie umfaßt die Verpflichtung, sein Versprechen zu halten und sein Versprechen zu erfüllen[2]). Auf der Seite des Gläubigers entspricht diesem „Leistensollen" des Schuldners ein „Bekommensollen". Auch er ist in diesem Sinne

---

[1]) Über den Gegensatz von Schuld und Haftung im germanischen Recht vgl. die Literatur bei Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte. 4. Aufl. Leipzig 1907 S. 300 Anm. 92, auch v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts 1899 und Egger, Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischem Recht. In Gierkes Untersuchungen Nr. 69, 1903. [2]) vgl. Siegel, das Versprechen als Verpflichtungsgrund, Berlin 1873. § 3 bis § 5 und Hofmann, die Entstehungsgründe der Obligation, insbesondere der Vertrag, Wien 1874, S. 11—14.

„Schuldner", und wird deshalb in Urkunden bis in das 14. Jahrhundert häufig als „debitor" bezeichnet[1]).

Weder der Begriff der Schuld noch der der Haftung fordert, daß wer schuldet, auch hafte. Schuld und Haftung sind Gegensätze. Schuld ist Leistensollen, Haftung ist Einstehensollen. Die Schuld bezeichnet zwar eine rechtlich bestimmte Lage, es fehlt ihr aber völlig das Moment der Klagbarkeit und Erzwingbarkeit. Zweck der Haftung ist aber nicht gerade die Schuld, noch auch die Schulderfüllung, „nicht durchsetzen, sondern ersetzen soll die Haftung das Erfüllen"[2]). Deshalb fällt auch die Haftung weg, wenn die Schuld freiwillig erfüllt wird, nicht weil der Haftungszweck erfüllt ist, sondern weil er weggefallen ist[3]). Haftung ist also stets gegeben um einer Schuld willen. Die Schuld ist der Grund der Haftung, der Beweggrund, aus welchem das objektive Recht einen freien Menschen oder eine Sache haften läßt. Denn während „schulden" nur ein Mensch kann, kann „haften" sowohl ein Mensch als eine Sache. Ja das letztere ist wohl das häufigere, in der ältesten Zeit wohl die einzige Art der Haftung. Die sogen. reine Sachhaftung wird begründet durch Bestellung eines Pfandrechtes oder eines Pfändungsrechtes. Letzteres entstand ebenso wie die persönliche Haftung und die Haftung für fremde Schulden, die Einständerschaft oder Bürgschaft, die wieder Vermögens- oder Personalhaftung sein konnte, durch Wadiation oder fides facta, von der noch unten des weiteren die Rede sein wird.

---

[1]) vgl. u. a. lex Burg, XIX, § 10. [2]) von Amira, Nordgermanisches Obligationenr., Bd. I, Leipzig 1882, S. 40. [3]) Brinz, Pand. II, Aufl. 2, Abt. 1, S. 8.

I. Abschnitt.

Quellenmäßiger Nachweis der Unverbindlichkeit des formlos geschlossenen Vertrages im deutschen Rechte in kritischer und dogmatischer Behandlung.

1) Im allgemeinen.

a) Zurückführung des Grundsatzes auf die deutsche Treue.

§ 5.

aa) Die fides bei anderen Völkern, insbesondere in Rom.

Nach diesen Untersuchungen über den Gegensatz von Schuld und Haftung, der die Entwicklung des deutschen Obligationenrechts vollständig bestimmt und geleitet hat, wenden wir uns unserer Hauptfrage zu, nämlich der Untersuchung, ob das ältere deutsche Recht einen formlosen Vertrag mit rechtlich bindender Kraft kannte, und wollen prüfen, ob sich dieser Grundsatz vielleicht nachweisen läßt, ohne daß wir erst tiefer in die Konstruktion des deutschen Obligationenrechts eindringen müssen.

Die ältere deutsche Jurisprudenz stellt diesen Satz gleichsam an die Spitze des deutschen Obligationenrechts und findet seinen Ursprung in der deutschen Treue. Aber nicht bloß in Deutschland findet sich der Glaube an die bindende Kraft des formlosen Vertrages. „So alt als die Unterscheidung von Recht und Schlecht ist der Glaube, daß Verträge gehalten werden sollen. In allen Kultursprachen wird solch teure Wahrheit verfochten und in anderen nur darum nicht, weil auch nie bestritten“[1]). Bei Grotius[2]) und Pufendorf[3]) findet sich eine Blumenlese

[1]) Hofmann, a. a. O. S. 62/5. [2]) Hugo Grotius in De iure belli ac pacis libri III, Lib. I, c. XI de promissis. [3]) Samuel Pufendorf in De officio hominis et civis secundum legem naturalem Liber I, cap IX § 3. Vergleiche auch: Ius naturale et gentium Lib. II, cap. 4 et 5.

biblischer, griechischer und römischer Aussprüche, die das beweisen. Alle Völker halten die Treue, das Halten des Versprechens für ein sittliches Gebot, für eine reine Menschenpflicht. Sogar die Römer, deren Recht doch ausdrücklich die Klagbarkeit formloser pacta verneinte, bezeichnen die „fides i. e. dictorum conventorumque constantia et veritas" als das „fundamentum iustitiae" (Cic. de offic. I, c. 7,). „Quid tam congruum fidei humanae quam ea, quae inter eos placuerunt servare?" (1. 1. pr. D. II, 14.) und „Praetor custodit constituta ex consensu facta, quoniam grave est, fidem fallere (1. 1. pr. D. XIII, 5), sagt der Jurist Ulpian. So findet sich also auch in Rom, wo nur die contractus eine rechtliche Bindung erzeugten, die pacta nuda dagegen klaglos waren, die Ansicht, daß es eine menschliche Pflicht sei, sein Wort zu halten. In Rom war aber dieses Bewußtsein trotzdem nicht imstande, das alte Kontraktssystem über den Haufen zu werfen, sondern es bestand ein scharfer, unüberbrückbarer Gegensatz zwischen Rechts- und Sittenpflicht.

bb) Die deutsche Treue.

§ 6.

a 1) Ihre Behandlung bei Tacitus.

Es ist nun zu untersuchen, ob etwa in Deutschland das Bewußtsein der sittlichen Pflicht tief genug in dem Inneren des Volkes wurzelte, um auch auf das Rechtsleben einen so bestimmenden Einfluß auszuüben, daß hier die Sittenpflicht zur Rechtspflicht wurde und den Rechtssatz von der Klagbarkeit aller formlosen Schuldverträge erzeugte.

In der Tat hat man diesen Glauben gehabt und sich darauf berufen, daß die Heilighaltung der deutschen Treue stets gepriesen wurde, und daraus gefolgert, daß diese Treue ein der deutschen Nationalität besonders eigentümlicher und so fest anhaftender Zug gewesen sei, um durch den Hinweis auf sie eine Identifizierung der Sittenpflicht mit der Rechtspflicht hinreichend glaubhaft machen zu

können. Man will Belege für diesen Satz schon in den Schriften des Tacitus finden.

Wenn Tacitus in Annalen XIII c. 54 sagt: „Nullos mortalium armis aut fide ante Germanos esse", also die Treue als eine dem deutschen Wesen besonders eigentümliche Tugend hervorhebt, so zeigt dies zwar, daß das deutsche Urvolk die Treue als ein heiliges Gut hütete und erweckt auch die Vermutung, daß die Deutschen diese Redlichkeit auch im Rechtsleben bewahrten, jedoch bringt diese Stelle nicht den geringsten Beweis dafür, daß diese ethische Tugend von den alten Germanen auch als eine Rechtspflicht angesehen und dementsprechend behandelt wurde.

Mehr Beweiskraft scheint der Stelle in Germania c. 24 inne zu wohnen. Sie lautet: „aleam . . . . . exercent, tanta lucrandi perdendive temeritate, ut cum omnia defecerunt, extremo ac novissimo iactu de libertate ac de corpore contendant. victus voluntariam servitutem adit: quamvis iuvenior, quamvis robustior adligari se ac venire patitur. ea est in re prava pervicacia; ipsi fidem vocant." „Sie selbst nennen es Treue oder Worthalten" wird diese Stelle in der Regel übersetzt, und Schilter[1]) sagt mit Bezug auf diese Stelle: „ex qua re satis apparet, etsi Germanicis populis carissima semper fuerit libertas, magis tamen fidem et promissorum constantiam fuisse, qua nihil ipsis antiquius. Id quod iuris Germanici genuinum principuum accurate notandum est: multum enim lucis suppeditat in pluribus quaestionum decisionibus. Certe ex isto pendet, quod ex omni pacto hodie actio datur." In der Tacitus-Stelle haben wir es mit der seit ältester Zeit bei den Germanen üblichen Obnoxiation zu tun. Diese Obnoxiation ist nichts als ein Selbstverkauf, der den Bußschuldner sofort endgültig dem Gläubiger überantwortete. Die Obnoxiation bezweckte, lediglich Tilgung der Schuld herbeizuführen, nicht eine Haftung für eine weiterbestehende Schuld zu begründen. Der Verlierende

[1]) in praxis iuris Romani, exercit. VIII § 2.

hat seine Person dem Gewinner als Zahlung für die Schuld angeboten. Er hat seine Person als Preis für den Fall seines Verlierens gesetzt. Er selbst ist das Pfand für die Erfüllung der Verbindlichkeit und ist durch sein Verlieren in die Knechtschaft des anderen übergegangen. Die fides, die in der Stelle erwähnt wird, beschränkt sich, da also Pfandsatzung, nicht ein formloses Schuldversprechen vorliegt, lediglich darauf, den durch den Ausfall des Spiels begründeten Rechtszustand anzuerkennen, sich seinen Konsequenzen zu unterwerfen.

Da der Schuldner dabei einer Rechtspflicht, nicht einer Sittenpflicht folgte, wenn er sich „freiwillig" in die Knechtschaft ergab, so ist die Stelle nicht geeignet nachzuweisen, daß eine bloße Sittenpflicht unter dem Einfluß der deutschen Treue stets als Rechtspflicht empfunden wurde[1]).

§ 7.

b 1) Die Treulosigkeit und ihre Folgen.

Die Annahme, daß in Deutschland die Treue eine solche Kraft gehabt hätte, ist aber, wie sich zeigen wird, direkt irrig. Treue und Redlichkeit sind wesentlich moralischer Natur, und die Gebote des Sittengesetzes sind nicht identisch mit den Geboten der Rechtsordnung. Allerdings erstrecken sich ihre Äußerungen in das Recht hinein, und ihr Mangel, die Treulosigkeit, kann juristische Folgen haben. Nun ist jedoch unbestreitbar, daß der Eintritt dieser Folgen, die im deutschen Rechte an die Treulosigkeit geknüpft sind, nicht bei jedem treulosen Verhalten erfolgte, sondern von gewissen Voraussetzungen abhängig war. Wann wurde denn aber die Treulosigkeit bestraft? „Man muß da bedenken, daß die alten Germanen von solchen Dingen, wie Treue und Ehre, sich keine modernen, keinen moralischen Begriff machten. Sie schwebten ihnen nicht als das Ideal der sittlichen Würde

[1]) vgl. Hübner, a. a. O. S. 464/65 und Stobbe, Handb. d. dtsch. Privatr., Bd. III, 3. Aufl., neubearbeitet von H. O. Lehmann. Berlin 1898, S. 110 und Anm. 8.

und Pflicht vor, sondern fanden nur in der bestimmten Beziehung auf besondere tatsächliche Verhältnisse ihre Anwendung und Bedeutung“ [1]). Die Treue war nach deutschem Rechte kein allgemeines Gut, keine allgemeine Pflicht, die man von jedem Dritten ohne Rücksicht auf besondere Verhältnisse zu fordern berechtigt war. Gerade ein solches ganz besonderes, aus bestimmten Gründen entstandenes Verhältnis war notwendig, um jemand gegen einen anderen zur Treue zu verpflichten, mochte es nun durch Dienstbarkeit, Lehnsverband oder anderweitiges Gelübde hervorgerufen worden sein, und auch dann noch fehlte demselben als wesentliches Merkmal der Charakter der Gegenseitigkeit [2]). „War die Pflicht der Treue aber einmal begründet, so stellte sie sich freilich auch nicht als eine isolierte Obliegenheit dar, sondern durchdrang auf eine sehr schöne Art das ganze Verhältnis, und die Ausdauer, Aufopferung und Innigkeit, welche sie in den kerngesunden und kräftigen Naturen hervorrief, verdient ebenso sehr die Anerkennung und den Ruhm, die ihnen reichlich zuteil geworden sind, als sie die harte Strafe des Treubruchs, der Ehrlosigkeit, erklären“ [3]). Somit scheint erwiesen zu sein, daß in der ältesten germanischen Zeit die Treue zwar im Gegensatz zu anderen Nationen besonders hochgehalten wurde, aber nicht so tief in das Bewußtsein und das Gefühl der Deutschen eingedrungen war, um den Satz des Sittengesetzes: „Jeder muß sein Wort halten“ zu einem Rechtssatze zu machen. Mit der Berufung auf die Treue wird ein eventuell bestehendes derartiges Prinzip im altdeutschen Rechte nicht begründet.

b) Die Rechtssprichwörter.

§ 8.

aa) Die Rechtssprichwörter im allgemeinen.

Es fragt sich nun, ob etwa andere Anzeichen vorhanden sind, die das Bestehen eines formlosen Vertrages

---

[1]) Beseler, die Lehre von den Erbverträgen II, 1. S. 43. [2]) Beseler, a. a. O. [3]) Ssp. I, 40; III, 41, 78. Swsp. c. 43, 81, 131.

im altdeutschen Rechte mit bindender Kraft beweisen oder doch für möglich erscheinen lassen.

Wir treffen da vor allem auf eine Reihe von Rechtssprichwörtern, die bei oberflächlicher Betrachtung mit Sicherheit und Bestimmtheit für die Klagbarkeit aller Verträge im älteren deutschen Rechte sprechen. Solche Rechtssprichwörter sind: „Ein Mann, ein Wort", „Zusagen steht im freien Willen, aber dem Halten ist ein Seil über die Hörner geworfen", „Zusagen macht Schuld", „Das Wort muß stehen" und viele andere ähnliche. Aber bei allen diesen Sprüchen ist zweierlei zu beachten. Einmal ist nirgends mit Sicherheit ausgedrückt, daß es das formlos gesprochene Wort sei, das die rechtliche Bindung hervorrufe. Aber nimmt man selbst an, daß eine formlose Zusage gemeint ist, so vermag diese Tatsache doch nichts für die rechtliche Verbindlichkeit des formlosen Versprechens zu beweisen. Denn behauptet man dies, so übersieht man eben den im deutschen Rechte so überaus wichtigen Gegensatz von Schuld und Haftung. Daß das formlose Schuldversprechen eine Schuld, d. h. ein Leisten und Bekommensollen, begründet, haben wir nie bestritten. Da zu einem vollgültigen Schuldvertrage jedoch auch das Hinzutreten der Haftung erforderlich ist, so kann in diesen Rechtssprichwörtern sehr wohl ein formloses Versprechen gemeint sein, ohne daß dadurch ein rechtlich verbindlicher Schuldvertrag zur Entstehung gebracht wird. Es fehlt ja noch das andere wesentliche Moment, die Haftung. Nur dadurch, daß man dieses übersieht, kann man zu einem falschen Resultat gelangen. Bei anderen Sprichwörtern jedoch drängt sich einem der Gedanke auf, daß in ihnen wohl nichts anderes als eine sittliche Regel ausgesprochen sein solle.

§ 9.

bb) „Ein Mann, ein Wort."

Es sei uns verstattet, auf das am meisten angewendete Sprichwort: „Ein Mann, ein Wort" des näheren einzugehen. Das Sprichwort findet sich das erste Mal in der

Literatur, soweit wir sie übersehen können, in Enno. Rud. Brenneysen: „Diss. iur. de inutilibus pactorum iuris Romani divisionibus in foris Germaniae (Halae 1696). Er sagt[1]): „Ostendimus enim ibidem hanc divisionem profluere ex principio iuri Romano singulari, quod tale est ut nunquam in Germania sit receptum. Simplicitas veterum Germanorum abhorruit a rigidis eiusmodi subtilitatibus et observabatur commune dicterium: Ein Wort ein Wort, ein Mann ein Mann." Seitdem kehrt diese, wie Seuffert[2]) sagt, „naive und wegen ihrer Naivität populäre Beweisführung" häufig wieder, in der Regel verbunden mit den Zitaten von Tacitus, Annalen XIII. c. 54. Germania c. 24., wie denn auch Pertile in seiner Storia del diritto italiano[3]) das Sprichwort in Verbindung mit der oben besprochenen Stelle des Tacitus Germania cap. 24 als Beweis für die Verbindlichkeit aller Verträge nach deutschem Rechte zitiert und für ausreichend hält.

Allerdings scheint ja auch dieses so oft zu Unrecht gebrauchte Sprichwort auf den ersten Blick mit Bestimmtheit für die Annahme formloser Verträge zu sprechen. In Wahrheit hat es jedoch einen ganz anderen Sinn[4]). Es ist ein rein prozeßrechtlicher Grundsatz. Im Prozeßrecht hatten nämlich nur die in bestimmter Form abgegebenen Erklärungen und vorgenommenen Prozeßhandlungen Geltung. Alle Reden der Parteien mußten formelmäßig (cum verborum contemplatione) hergesagt werden. Nach der den älteren wie den späteren Prozeß beherrschenden Wortauslegung ist eine Verbesserung fehlerhafter Erklärungen unzulässig. Dieses prozeßrechtliche Prinzip will die Parömie: „Ein Mann, ein Wort" ausdrücken, dagegen keinen materiell-rechtlichen Grundsatz. Das Sprichwort ist völlig identisch mit der lateinischen Rechtsregel: „Qui cadit a syllaba cadit a tota causa",

---

[1]) S. 42. [2]) Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, Nördlingen 1881, S. 140. [3]) Bd. IV § 150, S. 450. [4]) vgl. Jhering, Geist des röm. R., Bd. II, 1 S. 490 und Anm. 664 und Siegel, die Erholung und Wandlung im gerichtlichen Verfahren (Sitzungsber. d. Wien. Akademie, Bd. 42 S. 201 ff.)

und im französischen Rechte entspricht ihm der Satz: „Un homme d'honneur n'a que sa parole". Mithin ist das Rechtssprichwort: „Ein Mann, ein Wort" vollständig ungeeignet, zum Beweise dafür zu dienen, daß im älteren deutschen Rechte bereits der Konsensualkontrakt Geltung hatte, und wenn Möser[1]) sagt: „Der Narr, der zuerst das Sprichwort: „ein Mann ein Mann, ein Wort ein Wort" so ausgelegt hat, daß ein ehrlicher Mann sein erstes Wort nicht widerrufen könne, hat mehr Unglück angestiftet, als man glauben sollte," so klingt dieses Urteil zwar sehr hart, ist aber doch sehr wohl berechtigt. Da also weder die Rechtssprichwörter noch die beiden oft zum Beweise herangezogenen Tacitusstellen geeignet sind, die Behauptung, daß im älteren deutschen Rechte die formlosen Verträge rechtliche Gültigkeit hatten, zu stützen, so läßt sich für die Urzeit nicht nachweisen, daß jeder formlose Kontrakt Gültigkeit hatte. Vielmehr kann man eher als argumentum a contrario aus diesem Mangel an Beweisen schließen, daß im Schuldrechte der Deutschen dieselben Grundsätze geherrscht haben mögen wie bei allen Völkern und auch speziell im deutschen Sachen- und öffentlichen Rechte, nämlich der strengste Rechtsformalismus, eine Haupteigenschaft des unentwickelten Rechtes bei allen Völkern. Wäre es in Deutschland anders gewesen, so würde diese Abweichung, gerade weil sie so auffällig gewesen wäre, sicherlich durch viele und sichere Anzeichen bewiesen worden.

Wenn wir auch wohl berechtigt sind, in dem Fehlen von überzeugenden Belegen für das Bestehen des Grundsatzes der Formlosigkeit im altdeutschen Rechte ein Anzeichen dafür zu erblicken, daß nicht dieses, sondern wohl das entgegengesetzte Prinzip das deutsche Vertragsrecht beherrschte, so liegt doch in diesem Schlusse noch kein zwingender Beweis dafür, daß unsere Auffassung richtig ist. Infolgedessen sind wir, um uns über den wirklich herrschenden Rechtszustand Klarheit zu verschaffen,

---

[1]) Patriotische Phantasien, Bd. II, XXIV, Berlin 1778 S. 121 ff.

genötigt, in eine Betrachtung des Entstehens und der Konstruktion des deutschen Obligationenrechts einzutreten und durch quellenmäßige Untersuchungen festzustellen, ob dem bloßen Konsense in Deutschland rechtlich bindende Kraft beigelegt wurde.

---

2) Im besonderen.

a) Die Zeit der Volksrechte.

§ 10.

aa) In der ältesten Zeit: ausschließliche Herrschaft der Bargeschäfte.

In der ältesten Zeit des deutschen Rechtes bestand, wie bereits oben angedeutet, noch keinerlei Obligationenrecht. Der Verkehr bewegte sich ausschließlich im Wege des Sachenrechtes und des direkten Austausches von Werten. In jener Zeit wäre ja auch jede obligatorische Bindung einzig und allein auf den guten Willen gestellt gewesen. Denn es bestand noch keine so starke staatliche Gewalt, um Privatrechtsverbindlichkeiten mit Zwang realisieren zu können. In einer solchen Zeit, in der „das Vertrauen auf die öffentliche Gewalt als Schützerin vermögensrechtlicher Interessen gleich Null“[1]) ist, sind alle Geschäfte Bargeschäfte. Damit ein Geschäft als gültig angesehen wurde und die Kontrahenten gezwungen waren, sich seinen tatsächlichen Konsequenzen zu unterwerfen, war notwendig, daß der Leistung Zug um Zug die Gegenleistung folge. Jedes Geschäft, das nicht Bargeschäft ist, ist überhaupt kein gültiges Rechtsgeschäft. Aber daraus ist nicht etwa zu folgern, daß das Bargeschäft der und zwar einzige obligatorische Vertrag des alten deutschen Rechtes gewesen sei. Es bestand überhaupt kein Schuldvertrag. Denn auch beim Bargeschäfte ist eine obliga-

---

[1]) Franken, a. a. O. S. 213.

torische Bindung nicht im geringsten beabsichtigt. „Kauf und Tausch, die hauptsächlichsten Bargeschäfte, sind nichts als ein reines Faktum des Austausches von Werten“[1]. Den Nachweis, daß in der ältesten Zeit nur Bargeschäften rechtliche Gültigkeit beigelegt wurde, geben uns die Rechtsquellen dieser Zeit mit unbedingter Sicherheit.

Zum Beweise dieser Behauptung genügt es vollkommen, die Zitate aus den Volksrechten anzuführen, die Sohm[2] als Belege für das Bestehen des Realvertrages auffaßt. Die Bargeschäfte sind freilich auch Realgeschäfte, wenn man als solche jeden Vertrag bezeichnet, bei dem durch die Leistung des einen Teils die Verpflichtung zur Gegenleistung und zwar sofortigen oder späteren des anderen Teiles, entsteht. Während aber die Realverträge in dem gebräuchlichen Sinne obligatorische Verträge sind, ziehen die Bargeschäfte keine obligatorische Bindung und keine obligatorischen Folgen nach sich, und um solche Realgeschäfte, nämlich um Bargeschäfte, bei denen die Leistung des einen Teils den anderen zur sofortigen Gegenleistung verpflichtet, handelt es sich in den bei Sohm zitierten Stellen.

Die eine von ihnen, lex Rib. cap. 59 § 1, führt sogar Maurenbrecher[3], einer der entschiedensten Verteidiger des Prinzipes völliger Formlosigkeit als einen Beweis für die Richtigkeit seiner Ansicht an, aus welchen Gründen ist nicht ersichtlich. Es ist gar nicht zu verstehen, wie man diese Stelle als einen Beweis für die Formlosigkeit ansehen kann. Denn sie spricht offenbar mit Entschiedenheit den entgegengesetzten Grundsatz aus. Sie lautet: „Si quis alteri vendiderit et emptor testamentum vendicionis accipere voluerit, in mallo hoc facere voluerit pretium in praesente tradat et rem accipiat, et testamentum publici conscribatur. Quod si parva res fuerit, septem testibus firmetur; si autem magna, duodecim roboretur.“

---

[1] Heusler, a. a. O. Bd. II, S. 203. [2] In: Das Recht der Eheschließung aus dem deutschen und kanonischen Recht geschichtlich entwickelt. Weimar 1875, S. 25—27. [3] Lehrb. d. heutigen gem. dtsch. Rechtes, 2. Abtl. 1834 § 310.

Diese Stelle zeigt uns, daß der Käufer, wenn er das testamentum vendicionis, d. h. die Kaufurkunde, in Empfang nehmen will und das vor Gericht oder Zeugen hat tun wollen (jedenfalls um sich den Beweis zu sichern), er dann auch vor Gericht (in praesente) bezw. vor den Zeugen (eis praesentibus) den Preis zahlen und die Sache erhalten solle, d. h. gegen Preiszahlung die Sache in Empfang nehmen soll. Sonst liegt kein gültiger Kauf vor. Die Stelle ist somit ein klarer Beweis dafür, daß, falls die Preiszahlung nicht in praesente erfolgt, der Kauf ungültig war, daß die Zug- um Zugleistung ein wesentliches Erfordernis für die Gültigkeit des Kaufvertrages ist, mithin noch keine obligatorische Bindung möglich ist, sondern sich der Verkehr ausschließlich in Bargeschäften abspielt. Haben nicht beide geleistet, so ist der etwa Vorleistende nicht berechtigt, die Nachleistung des anderen Kontrahenten zu fordern durch den Hinweis auf den abgeschlossenen Kaufvertrag. Denn ein solcher liegt gar nicht vor, da sein wesentlichstes Erfordernis, die gegenseitige Leistung, unterblieben ist.

Diese Auffassung der Stelle wird bestätigt durch andere Quellenbelege, z. B. bei Pertz, Dipl. I. Mer. No. 94 (a. 726): „se (für si) ipsa villa....vindedisit, aut (im Sinne von et) se pretium exinde accipisit, aut se auctor ei exinde aderat.“ Wenn Sohm aus dieser Stelle folgert, der Kaufvertrag sei erst dann verbindlich, „wenn von einer Seite die Leistung erfolgt ist“, der Käufer dem Verkäufer im Gegensatze zum umgekehrten Verhältnisse erst dann rechtlich verbunden, wenn er die Zahlung des Preises empfangen hat, so liegt diese irrige Auffassung in einer falschen Deutung des Wortes „vindedisit“ begründet. Denn „vendere“ kann hier nur den Sinn haben, „auf Grund eines Kaufvertrages übergeben“, nicht aber den Sinn „einen Kaufvertrag abschließen“. Richtig ist, daß „aut“ hier in dem Sinne von „et“ gebraucht ist. Das geht aus dem zweiten „aut“, das diesen Sinn haben muß, hervor. Unter diesen Umständen hat die Stelle aber den Sinn: erst wenn die Sache übergeben und der Preis gezahlt ist, liegt ein Kauf

mit rechtlicher Kraft vor. Somit ist auch diese Stelle ein Beweis für die alleinige Herrschaft des Bargeschäftes.

Diesen Grundsatz illustriert in unzweifelhafter Weise [1]) auch die Stelle bei Pertz, Dipl. I Mer. 70 (a. 697). Sie zeigt, daß durch bloße Beredung — man kann sogar annehmen, daß dieselbe vielleicht unter Anwendung von Formalitäten sogar unter Zeugenzuziehung oder schriftlich erfolgt ist, doch noch kein Tauschvertrag zustandegekommen ist. Zu seinem rechtlich erheblichen Abschlusse gehört unbedingt die Ausführung der Beredung oder mindestens die gegenseitige traditio cartae. Deshalb kann, wenn der im Königsgerichte Beklagte sich auf einen mit dem Kläger abgeschlossenen Tauschvertrag beruft, der Kläger dies zwar zugestehen, jedoch seine rechtliche Erheblichkeit leugnen, indem er sagt: „quasi conlucione et conveniencia exinde apud ipso B. habuisit, ut ipsa inter se commutasent, sed hoc numquam ficissent, nec de ipsa curte ipsi B. mano vestita numquam habuisset.“ Denn auch der Tausch ist strenger Barvertrag.

Ein Beweis für die Herrschaft des Barvertrages ist auch die Stelle des Testamentes des Diakonus Grimo vom Jahre 636 [2]), die Sohm gleichfalls irrtümlich als einen Beleg für den Realvertrag auffaßt [3]).

Auch die Verlobung war zunächst reines Bargeschäft [4]). Der Bräutigam zahlte an die Sippe der Braut den vereinbarten Muntschatz, wogegen der Muntwalt die Braut in feierlicher Weise, regelmäßig unter Überreichung eines Speeres oder sonstigen Wahrzeichens der Munt, in die Hand des Bräutigams zu übergeben, sie dem Bräutigam, wie ein jüngerer Sprachgebrauch es bezeichnete, zu „trauen“ hatte. An die Trauung aber schloß sich sofort die Heimführung der Braut in das Haus des Bräutigams zur Vollziehung des ehelichen Beilagers an. Und erst durch die Vornahme des Beischlafes erlangte die Ehe,

[1]) vgl. Schröder, a. a. O. S. 307, Anm. 123 a. E. [2]) Bei Beyer, Mittelrhein. Urkundenbuch, I. Nr. 6. [3]) vgl. dagegen Schröder, a. a. O. S. 307, Anm. 123. [4]) Schröder, S. 71 ff.

wie sich aus späteren Quellen und den Bestimmungen des kanonischen Rechtes entnehmen läßt, die rechtliche Perfektion [1]).

Wir haben somit festgestellt, daß in der ältesten Zeit Kauf, Tausch und Verlobung nicht Realverträge in dem heute gebräuchlichen Sinne gewesen sind; umsoweniger können sie als Konsensualverträge aufgefaßt werden. Sie waren vielmehr nur dann rechtsverbindlich, wenn von beiden Seiten geleistet war. Sie waren reine Bargeschäfte.

§ 11.

bb) Die Entstehung des Obligationenrechtes.

Die Bargeschäfte, in denen sich der Verkehr ausschließlich bewegte, waren keine Schuldverträge. Sie rufen keine rechtliche Bindung hervor. Die Leistung stellt sich bei ihnen nicht als Erfüllung oder Tilgung einer bestehenden obligatorischen Verbindlichkeit dar.

Es ist allerdings nicht zu bestreiten, daß sich an solche Bargeschäfte obligatorische Wirkungen anschließen können, z. B. die Gewährleistungspflicht im Falle der Eviktion beim Kaufe. Doch auch diese Verbindlichkeit faßte der Geschädigte nicht als eine obligatorische Verpflichtung des Gegenkontrahenten auf, sondern — und das ist ein sicherer Beweis dafür, daß damals noch nicht einmal die Anfänge des Obligationenrechtes sich gebildet hatten — betrachtete „die ihm widerfahrene Vermögensbeeinträchtigung aus keinem anderen Gesichtspunkte als unter demjenigen, unter welchem ihm ein Schaden etwa aus Diebstahl oder Raub erschien“ [2]). Und um zu seinem Rechte zu kommen, mußte er, da die staatliche Gewalt ihm noch nicht Schutz gewährte, ebenso wie bei Raub, Diebstahl und überhaupt bei den Delikten den Weg der Fehde beschreiten. Das Erstarken der staatlichen Gewalt veranlaßte ihn später, sich an sie mit der Bitte zu wenden ihm bei der Durchsetzung seines Rechtes behilflich zu

---

[1]) vgl. Sohm, a. a. O. S. 88 ff., 96 ff., Friedberg, das Recht der Eheschließung, Leipzig 1865, S. 22 ff. [2]) Heusler, a. a. O. II S. 230.

sein. So entstand die Deliktsklage, die, wie gezeigt, gleichzeitig auch der Verwirklichung obligatorischer Verbindlichkeiten zu dienen bestimmt war. Hier ist der Ausgangspunkt der Entwicklung des Obligationenrechtes zu suchen, und „so tritt alles Obligationenrecht von der Seite der Delikte in das Rechtsleben ein“[1]).

a 1) Der Formalvertrag.

§ 12.

a 2) Das Urteilserfüllungsgelöbnis.

Der erste obligatorische Vertrag begegnet uns denn auch, der Entwicklung ganz entsprechend, auf dem Gebiete des Prozeßrechts. Auf seine Entstehung hat der Gegensatz von Schuld und Haftung bestimmend eingewirkt. Das Delikt als solches begründet eine Schuld des Schädigers dem Verletzten gegenüber. Jener soll die verwirkte Strafe zahlen, dieser soll sie erhalten. Zahlt der Schuldner nun die Strafe freiwillig oder auf das Urteil hin, das nur die Tatsache der Schuld feststellt, so entsteht keine obligatorische Verpflichtung. Die Schuld ist getilgt.

Gleichfalls eine Tilgung der Schuld bewirkte die Hingabe eines Faustpfandes. Zwar begründete es die zu einem Schuldvertrage noch fehlende Haftung, jedoch war es als reine Sachhaftung, wie Franken[2]) ganz richtig sagt, nichts als „eine Modifikation der Barleistung und zwar eine Modifikation im Objekte der sofortigen Gegenleistung“. Wir stehen also noch auf dem Boden des reinen Bargeschäftes. Ein obligatorisches Verhältnis, eine persönliche Bindung ist noch nicht eingetreten.

Jedoch meistens war der Schuldner wohl ebensowenig in der Lage, das vollwertige Pfand zu leisten, als er die Strafsumme hatte zahlen können. In diesem Falle ging das Urteil dahin, den Urteilserfüllungsvertrag abzuschließen, d. h. rechtsförmlich zu versprechen, die ver-

---

[1]) Heusler, a. a. O. Bd. II, S. 231. [2]) a. a. O. S. 214.

wirkte Summe zu zahlen. Das Schuldversprechen allein war jedoch nicht imstande, den Gläubiger zu befriedigen. Dazu fehlte noch der zu einem rechtlich wirksamen Schuldvertrage notwendige Begriff der Haftung. Die reine Sachhaftung findet sich nur beim Faustpfande. Ein solches zu bestellen, ist der Schuldner nicht in der Lage. Dagegen räumt er jetzt dem Gläubiger ein Pfändungsrecht an seinem Vermögen ein, sein Vermögen soll haften oder er setzt seine Person, resp. seine Arbeitskraft als Pfand ein für seine Verbindlichkeit. Diese Bestellung des Pfandrechtes erfolgte durch die Wadiation, bei den Franken durch die fides facta, über deren Wesen und Form im nächsten Paragraphen des näheren gesprochen werden wird. Die Wadiation bezw. fides facta ist der erste Schuldvertrag des deutschen Rechtes[1]).

§ 13.

b2) Form und Wesen der Wadiation.

Die Wadiation erfolgte durch Hingabe der wadia seitens des sich Verpflichtenden an den Gläubiger. Es ist hier besonders zu betonen und nachzuweisen, daß die Hingabe der wadia es war, welche den Urteilerfüllungsvertrag abschloß, daß wir es also mit einem Formalvertrage zu tun haben, bei dem die Hingabe der wadia ein essentiale negotii, das vertragschließende Element, war und nicht anderen nebensächlichen Zwecken zu dienen bestimmt war.

Wadia ist eigentlich der speziell langobardische Ausdruck für das, was sonst als wadium bezeichnet wird und noch in verschiedenen Variationen vorkommt. Feststeht[2]), daß die wadia ein körperlicher beweglicher Gegenstand war; das zeigen Ausdrücke wie „wadia dare“ und ähnliche. Daß dieser Gegenstand ein wertloser war, geht schon aus der Häufigkeit und der Art und Weise

---

[1]) vgl. d. Näheren Hübner, a. a. O. S. 457—466. [2]) Val de Lièvre, Launegild und Wadia, Innsbruck 1877, S. 115ff.

seines Gebrauches mit Sicherheit hervor. Aber nicht eine beliebige wertlose Sache diente als wadia, sondern es war immer ein und dieselbe Sache, die diese Funktion zu erfüllen hatte. Bei den Franken war es der Stab, der kurze Holzstab, die festuca, bei den übrigen deutschen Stämmen die Rute, der Halm, die stipula, welche als wadia diente. Indem wir so festuca nicht gleich wadia setzen, sondern gleich stipula (die allerdings bei den Langobarden stets wadia genannt wurde) werden wir auch den Ausführungen Thévenins[1]) gerecht. Durch die Anwendung wird die festuca, die an sich nichts als ein Stück Holz ist, resp. stipula zum wadium, dem allerdings stets der Begriff des Bindenden innewohnt. („Le mot „vadium" n'éveille pas dans l'esprit une idée purement concrète, mais l'idée déjà abstraite de gage.)" Später werden auch andere Gegenstände, z. B. Ring und Handschuh, als wadia gebraucht. Die Anwendung dieser wadia ist die Wadiation, bei den Franken fides facta genannt. Sie ist der Formalvertrag des deutschen Rechtes. Die wadia als solche ist nicht ein Gelöbnis, sie ist auch kein bloßes Wahrzeichen, sie ist ein Pfand[2]). Sie ist ein unterwertiges, symbolisches Pfand, das die Fahrhabe des Schuldners vertreten soll. Der Schuldner ist nicht in der Lage, ein vollwertiges Pfand zu geben. Daher gab er ein unterwertiges Pfand, und insofern dasselbe das gesamte bewegliche Gut des Schuldners symbolisierte, setzte er durch die Hingabe der wadia dem Gläubiger sein bewegliches Vermögen zum Pfande und unterwarf es seiner Zugriffsmacht.

Mit der Vermögenshaftung war aber nicht von selbst auch eine Personenhaftung verbunden. War eine solche beabsichtigt, so mußte sie stets durch eine besondere formale Rechtshandlung hergestellt werden. Diese Verpfändung der Treue wurde durch die Hand symbolisiert,

---

[1]) Contributions à l'histoire du droit germanique, Paris 1879, S. 33—37. [2]) Darüber Val de Lièvre a. a. O. S. 97 ff.

da sich in ihr, „dem Werkzeuge aller Werkzeuge", die Macht der Person verkörpert. Bei den Franken wurde die Treue per festucam verpfändet (fidem facere per festucam). Bei allen Stämmen jedoch muß zu dem Formalakte noch das Geloben der Treue durch den Mund hinzutreten.

In der Regel erhöhte es aber kaum die Sicherheit des Gläubigers, wenn ihm der Schuldner, der ihn nicht sofort befriedigen, ihm auch kein Faustpfand bestellen konnte, ein Pfändungsrecht an seinem Vermögen einräumte oder persönliche Haftung zusicherte. Denn ein solcher Schuldner war kaum leistungsfähig. Deshalb lag dem Gläubiger außerordentlich viel daran, daß ein anderer, ein leistungsfähiger Mann, die Haftung für die Schuld des Schuldners übernahm. So wurde die Bürgenstellung wesentliches Erfordernis der Wadiation[1]), eine Tatsache, die zum Beispiel darin klar zum Ausdruck kommt, daß die Glosse zu pactus 50 der lex Salica „fidem facere" als gleichbedeutend mit „fideiussorem existere" bezeichnet.

Der Gläubiger, d. h. sein bewegliches Vermögen, evtl. er selbst, war das Pfand. Der Formalismus des Rechtsaktes zeigt dies ganz deutlich. Der Schuldner gab dem Gläubiger die wadia oder festuca, und dieser gab sie an den Gläubiger weiter, wie das in lex Bai. app. 4 zum Ausdruck kommt. Durch die Übergabe der wadia von seiten des Schuldners an den Gläubiger wurde dessen Haftung begründet. Die Haftung des Schuldners bestand aber schließlich nur in der Verpflichtung, einen tauglichen Bürgen zu stellen. Durch die Übergabe der wadia an den Bürgen wurde nun diese Haftung getilgt, andererseits aber eine doppelte Haftung begründet, nämlich die Haftung der beweglichen Habe des Bürgen für die Schuld des Schuldners und ein Pfändungsrecht des Bürgen an dem Vermögen des Schuldners. Die Haftung des Bürgen war also eine primäre.

1) vgl. Heusler, II, S. 231, 241, Egger, a. a. O. S. 474, Sohm, Prozeß der Lex Salica, Weimar 1867, Schröder, a. a. O. S. 307.

Ein Wendepunkt in der Entwicklung des Urteilserfüllungsgelöbnisses war es, als die Selbstbürgschaft zulässig wurde. Wie an Stelle des vollwertigen Pfandes ein Scheinpfand getreten war, so trat hier, falls eine Bürgenstellung nicht möglich war, an ihre Stelle eine Scheinbürgschaft. Wenn der Schuldner keinen Bürgen fand, so setzte er sich selbst zum Bürgen, haftete also mit seinem eigenen Vermögen. Wie aber oben die Form der Pfandbestellung, so war hier die Form der Bürgenstellung gewahrt worden. Das zeigt vor allen Dingen edictum Chilperici (573—575) cap. VIII: „Similiter convenit, ut quicunque admallatus fuerit et in veritatem testimonia non habuerit, unde se aeducat, et necesse est, ut mitium fidem faciant et non habuerit simili modo qui pro eum fidem faciat: ut ipse in senextra manu fistucam teneat et dextera manu auferat."

Durch diesen Fortschritt, die Einführung der Selbstbürgschaft, hat die Wadiation erst die wesentliche Eigenschaft eines eigentlichen Schuldvertrages erhalten, insofern nämlich, als bei ihr Schuld und Haftung nunmehr in einer Person zusammenfielen, mithin also jetzt eine wirklich rechtlich durchsetzbare rein persönliche obligatorische Verbindlichkeit des Schuldners zu schaffen ermöglicht war.

c2) Die außergerichtliche Wadiation.

§ 14.

a3) In ihrer ursprünglichen Gestalt.

Nichts als eine logische Weiterentwicklung, ja unbedingte Folge war es, daß neben diese gerichtliche Wadiation, den gerichtlichen Wettvertrag, der außergerichtliche trat, der mit jenem zwar das gemeinsam hatte, daß er nur für sofort fällige, nicht aber für zukünftige oder nur ungewisse Schuld abgeschlossen werden konnte und gleich ihm sofortige Exekutionsmöglichkeit zur Folge hatte, von ihm aber dadurch wesentlich abwich, daß durch ihn sowohl die Schuld als auch Haftung begründet werden konnte.

Jedenfalls dürfte durch die bisherigen Ausführungen wohl überzeugend nachgewiesen sein, daß der Wettvertrag ein Formalvertrag, und zwar der einzige Formalvertrag des deutschen Rechtes war[1]). Die wadia und ihre Hinreichung ist wirklich ein essentiale negotii. Durch sie wird der Vertrag abgeschlossen. Die Möglichkeit, sie als Bestärkungsmittel oder als ein sonstiges unwesentliches Element des Vertragsschlusses aufzufassen, kann nach der gegebenen Darstellung ihrer Entwicklung wohl als ausgeschlossen gelten.

Mithin ist auch die Ansicht Lönings[2]) widerlegt, der in der fides facta nichts sieht als „das einfache von Haus aus einseitige Versprechen irgend welcher Handlung oder Unterlassung, seine Rechtskraft stützend einzig auf den Willen des sich Verpflichtenden, unbeschränkt in der äußeren Form und dem Inhalte nach fähig, alles in sich aufzunehmen, was nur der Disposition des Versprechenden unterworfen ist, die Grundform des deutschen Vertrages“[3]).

§ 15.

b 3) In Form der Urkundenbegebung.

Die Stellen, in denen von der Wadiation die Rede ist, behandeln also einen streng formell geschlossenen Vertrag, den einzigen Formalvertrag des älteren deutschen Rechtes.

Im Gegensatze zu den Franken und Süddeutschen hat das langobardische Recht die Umbildung des Wettvertrages zu einem direkten Schuldversprechen erst in spät-karolingischer Zeit erreicht. Grund dafür ist die Rezeption der römischen cautio und im Anschlusse daran die Ausbildung der dispositiven Urkunde (carta). Zuerst von den Langobarden angewendet und ausgebildet, ging sie

---

[1]) Gegen die bei Behrend Ztschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 21, S. 589 vertretene Ansicht, die fides facta sei nur Urteilserfüllungsgelöbnis, siehe Sohm, a. a. O. S. 36.37, Anm. 27 a. E. und Löning: Der Vertragsbruch und seine Rechtsfolgen, Bd. I, Straßburg 1876, S. 4ff. [2]) a. a. O. S. 22, 23 und Anm. 33. [3]) vgl. dagegen auch Sohm, Eheschließung, S. 36. Anm. 27.

später in das Recht der Franken, Bayern und Alemannen über. Es ist nicht möglich, zu behaupten, daß die cautio an Stelle der wadia oder festuca trat oder rechtlich in deren Stellung aufging, da ja die wadia im langobardischen Rechte dazu bestimmt war, binnen der festgesetzten Zeit durch Bürgenstellung ausgelöst zu werden, während die cautio gerade in den Händen des Gläubigers bleiben sollte. Jedoch, das ist wohl unzweifelhaft[1]), konnte, ebenso wie der Handschlag später ein Surrogat der wadia wurde, die cautio als Perfektionsmittel einen Ersatz derselben bieten. Da die wadia und festuca an sich als leblose Gegenstände nichts über den Vertragsschluß zu beweisen möglich machten, so kam beizeiten die Sitte auf, neben ihnen eine Urkunde aufzusetzen, in der die Vertragsbedingungen näher bezeichnet und z. B. die Konventionalstrafen festgesetzt wurden, die deshalb nicht durch die Wadiation versprochen werden konnten[2]), weil sie nicht sofort fällige, sondern in der Zukunft liegende, noch ungewisse Schulden begründeten. Aber ebenso wie die Beurkundung der Auflassung in den öffentlichen Büchern allmählich den Akt der Auflassung selbst als rechtsbegründendes Element verdrängte und an seine Stelle trat, so trat auch die cautio zuerst neben die festuca, dann an ihre Stelle, wobei jedoch fest im Auge zu behalten ist, daß beide etwas ganz Verschiedenes sind und nur in dem einen Punkte zusammenkommen, daß sie nämlich von dem Schuldner an den Gläubiger gegeben werden und durch diese Hingabe dessen Haftung, resp. auch dessen Schuld begründet wird.

Die Sachsen haben den Wettvertrag der anderen Stämme nicht gekannt. Ihr Schuldversprechen, das „geloven", „gelovede" (d. h. Gelübde) hieß, wurde in altherkömmlicher Weise „mit Fingern und Zungen" („curvatis digitis") abgelegt.

Dies ist in kurzen Grundzügen die Entwicklung des deutschen Formalkontraktes, der, entstanden um eine ein-

---

[1]) vgl. Brunner, Ztschr. f. d ges. Handelsr., Bd. 22, S. 552. [2]) A. M. Sohm, Eheschl. S. 42—46.

seitige Verpflichtung zu begründen, auch nur dazu dienen konnte, einseitige Verpflichtungen zur Entstehung zu bringen. Allerdings war es ja möglich, durch wechselseitige Wadiation eine zweiseitige Verpflichtung zur Entstehung zu bringen. Eine solche wechselseitige Wadiation findet sich im liber Papiensis, Formula Edict. Roth. 182: „Tu pater feminae, da vadiam ei, quod tu des ei eam ad uxorem et mittas sub mundio; et tu (sponsus) vadiam da, quod eam accipias; et qualis se subtraxerit, componat solidos mille", ein Beweis dafür, daß nun auch der Verlobungsvertrag als Formalvertrag abgeschlossen werden konnte. Diese wechselseitige Wadition enthält aber zwei an sich verschiedene Wadiationen, und jede von ihnen kann nur eine streng einseitige Verpflichtung begründen.

b 1) Der Realvertrag.

§ 16.

a 2) Die res praestita und die benannten römischen Realkontrakte.

Nachdem wir den Wettvertrag dargestellt haben, haben wir das deutsche Kontraktssystem der ältesten Zeit erschöpft. Ein Realkontrakt bestand zunächst nicht. Die Hingabe einer Sache, die res praestita bei den Franken und die analogen Rechtsgeschäfte, faßte man nicht als Schuldverträge auf. Allerdings war jeder, dem eine Sache anvertraut wurde, zu deren Restitution bezw. Ersatzleistung verpflichtet. Im Falle einer Vorenthaltung hatte der Gläubiger der res praestita aber keine Vertragsklage aus der res, sondern vielmehr eine Deliktsklage auf compositio wegen Vermögensbeschädigung. Zum Beweise dafür sei angeführt lex Sal. LII: „Si aliquis alteri aliquid praestiterit de rebus suis et ei noluerit reddere, sic eum admallare. Cum testibus ad domum illius — accedat et sic contestetur: «quia res meas noluisti reddere quas tibi praestiteram in hoc eas teneas nocte proxima quod Saliga lex continet»" (d. h. nach Sonnenuntergang hast du meine Sache rechtswidrig, vgl. lex Salica XLV und daher

deliktisch, vgl. lex Rib. LII, weshalb es im weiteren Verlaufe von lex Sal. LII heißt: „Si nec tunc voluerit componere“). Das rechtswidrige Zurückbehalten anvertrauter Sachen ist ebenso Deliktssache wie deren rechtswidrige Entwendung[1]).

Und so galt auch die einseitige Rückgabepflicht bei Pfand, Leihe und Hinterlegung nicht als obligatorische Pflicht, sondern als strafbare Vermögensvorenthaltung, also als Delikt, dessen Bestrafung zuerst im Wege der Fehde, später im Wege der Deliktsklage geltend gemacht wurde. Finden sich doch „bei allen Völkern Reste uralten Rechtes, wonach die Leihe sich nur in Form des Raubens bewerkstelligte und der Ausleiher sein Recht auf Rückgabe durch Fehde und später durch Deliktsklage verfolgte“[2]).

Der vierte der benannten römischen Realkontrakte jedoch, das Darlehen, das übrigens nur sehr selten vorkam, wurde stets als Barvertrag aufgefaßt. Dieser kam dadurch zustande, daß der Darlehnsempfänger als Gegengabe gegen das Darlehen die cautio überreichte, die in diesem Falle die Bedeutung eines einzulösenden Pfandes hatte[3]).

§ 17.

b 2) Anfänge der Bildung eines Realvertrages.

Möglich ist allerdings, ja sogar höchst wahrscheinlich, daß sich bereits in jener Zeit die Anzeichen für die Entwicklung eines Realvertrages aus den Bargeschäften bemerkbar machten. Der Umstand, daß nur beiderseitige Leistung ein gültiges Geschäft zustande brachte, wurde sicherlich beiden Parteien manchmal lästig. Denn in manchen Fällen war der Gegenkontrahent vielleicht nicht

---

[1]) vgl. Nissel, der Gerichtsstand des Clerus im fränkischen Reich, Innsbruck 1886. [2]) Heusler, a. a. O. II, S. 231. [3]) vgl. auch Brunner: Forschung zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts, S. 524 ff., 528 ff., 538 ff., 628 ff., Ztschr. f. HR., Bd. 22, S. 64 ff., 68 ff., 80 ff., 551 ff., Loersch und Schröder, Urkunden z. Gesch. d. dtsch. Rechts von 1874.

imstande, die Gegenleistung sofort vorzunehmen, und andererseits mochte es auch bisweilen vorkommen, daß dem Vorleistenden der Empfang der sofortigen Gegenleistung nicht erwünscht war. Es kam daher der Brauch auf, daß der eine Kontrahent vorleistete, der andere aber die Gegenleistung erst später zu bewirken haben sollte. Durch diese Vorleistung, resp. deren Annahme wurde dann in diesem Falle freilich eine Schuld des Empfängers begründet. Aber ein Schuldvertrag mit rechtlich bindender Kraft lag deshalb nicht vor, weil die Haftung noch fehlte. Um sie zur Erstehung zu bringen, war die Vornahme der Wadiation erforderlich. In diesem Falle begründete die Wadiation nicht die Schuld, sondern sie begleitete sie lediglich. Da jedoch zu einem Schuldvertrage als wesentliche Erfordernisse Schuld und Haftung gehören, so wurde durch die bloße Vorleistung ein solcher nicht begründet, und die Wadiation führt uns wieder auf den Formalvertrag zurück.

c 2) Der Arrhalvertrag.

§ 18.

a 3) Die arrha als Verzichtspfennig.

Die Entwicklung zu einem eigentlichen Realvertrage sollte jedoch erst durch die arrha und ihre Anwendung im Vertragsrechte ermöglicht werden. Es bleibt uns daher jetzt noch übrig zu untersuchen, welche Stellung in jener Zeit die arrha im deutschen Obligationenrecht eingenommen hat.

Die arrha ist identisch mit dem langobardischen launegild und kommt gleich ihm vor allen Dingen bei der Schenkung vor. Das deutsche Recht beherrschte nämlich das Prinzip der Entgeltlichkeit. Aufgabe eines Rechtes und so vor allen Dingen Schenkung ohne Lohngeld war rechtlich ungültig. Eine Schenkung, die ohne launegild abgeschlossen ist, ist nur dann gültig, wenn sie als Formalvertrag abgeschlossen ist[1]). Das drückt die Stelle des

[1]) vgl. Sohm, Eheschl. S. 29, Anm. 16.

Edictum Liutpr. cap. XIII aus: „De donatione, quae sine launegild aut sine thingatione facta est, minime stare deveat.“

Scheinbar eine Ausnahme bildete die Schenkung an die Kirche, die nach fränkischem Rechte als solche gültig war, aber nur scheinbar; denn sie trug ja als Gegenleistung einen Gewinn für das Seelenheil in sich.

Auch dem römischen Rechte ist eine arrha bekannt[1]). Wie im griechischen und justinianischen Rechte wohnte ihr auch wohl im altrömischen die Bestimmung inne, daß sie beim Rücktritte des Verkäufers von ihm zurückgegeben werden mußte, beim Rücktritte des Käufers jedoch an den Verkäufer verloren wurde[2]).

Die deutsche arrha ist zwar jedenfalls von den Römern entlehnt, aber in Funktion und Bedeutung so wesentlich verändert, daß man wohl zu der Annahme berechtigt zu sein scheint, es sei nichts als der Name auf die nationale Einrichtung des Handgeldes übergegangen. Der wesentlichste Gegensatz zur römischen arrha ist wohl der, daß sie nur den Verkäufer bindet. Verallgemeinert — denn die arrha kommt nicht nur bei der Schenkung und beim Kaufe im Obligationenrechte vor[3]) — würde man die arrha wohl treffend als „Verzichtspfennig“ bezeichnen, da durch ihre Annahme der Empfänger zu einem Verzichte verpflichtet wird, und zwar zu einem Verzichte auf ein Recht oder auf die Verfügung über ein Recht für immer oder für gewisse Zeit[4]). Diese Bedeutung der arrha kommt so recht zum Ausdrucke in der völlig klaren Stelle lex Wisig. V. 4, 4: „Qui arras pro quacumque re acceperit, id cogatur implere, quod placuit. Emtor vero si per egritudinem aut gravem necessitatem, que vitari non potuerunt, ad constitutum non occurrerit diem, quem

[1]) Karl Zeumer, in Neues Archiv der Gesellschaft für ältere dtsche. Geschichtskunde Bd. 24, 1899, S. 580, 581. [2]) Schulin, Röm. Rechtsgesch. S. 372 fl., Dernburg, Pandekten II, 5. Aufl., S. 33. [3]) Val de Lièvre, a. a. O. S. 22—29. [4]) Sohm, S. 30, Anm. Val de Lièvre, S. 23, Brunner, Forschungen, S. 624, Anm. 3 (Zeitschr. f. Handelsr. 22, S. 546 Anm.) und Schröder, a. a. O. S. 309, Anm. 127.

voluerit, pro se dirigat, qui pretium tempore definito perconpleat. Quod si constituto die nec ipsi successerit nec pro se dirigere voluerit, arras tantummodo recipiat, quas dedit, et res definita non valeat."

Daß die Verlöbnisarrha dieselbe Bedeutung hatte, weist Zeumer[1]) nach. Uns genügt jedoch konstatiert zu haben, daß die arrha in dieser Zeit lediglich als Verzichtspfennig galt und daß sie nicht im geringsten als Scheinpreis aufgefaßt werden kann[2]).

§ 19.

b 3) Die arrha als Handgeld, schuldbegründend.

Doch schon in früher Zeit erweiterte sich die Bedeutung der arrha. Wir haben gesehen, daß beim Kaufe durch ihre Hingabe an den Verkäufer dieser verpflichtet wird, sich bis zu einer bestimmten Zeit jeder Verfügung über den Gegenstand des Kaufes zu enthalten. Da in jener Verpflichtung, über den Kaufgegenstand nicht zu verfügen, stillschweigend jedoch auch die Verpflichtung, ihn zu leisten, enthalten zu sein schien, diese letztere Verpflichtung aber auch durch die Vorleistung des Käufers bewirkt wurde, so war erklärlich, daß die Hingabe der arrha, die doch ursprünglich nur eine Verfügungsbeschränkung des Verkäufers zur Folge gehabt hatte, bald auch ganz offen, ja zuletzt als Hauptfunktion die Bedeutung erhielt, die die Vorleistung gehabt hatte, nämlich den Gegenkontrahenten zur Bewirkung der Gegenleistung zu verpflichten. So trat die arrha an die Stelle der Vorleistung. Völlig falsch jedoch ist es, dieselbe als Teilleistung zu bezeichnen. Sohm[3]) und Stobbe[4]) und andere bezeichnen die arrha als eine Scheinleistung des Käufers, als symbolischen Kaufpreis. Wenn für diese Auffassung der arrha vielleicht der bisweilen verhältnismäßig hohe Wert derselben, insbesondere der nordgermanischen arrha, der schwedischen tilgaef, spricht[5]), so muß man bedenken,

---

[1]) Zeumer a. a. O. S. 581. [2]) A. M. Sohm, Eheschl. S. 28, Stobbe, in Ztschr. f. Rechtsgesch., 13. Bd., 1878, S. 243. [3]) l. c. [4]) l. c. [5]) v. Amira, a. a. O. S. 330, 331, 332.

daß, abgesehen davon, daß die arrha in der Regel ein wertloser Gegenstand ist, die oben entwickelte ursprüngliche Bedeutung derselben als Gegengabe für eine Freigebigkeitshandlung kein Verpflichtungsmoment zu einem positiven Tun in sich schloß, Umstände, die es unmöglich machen, in ihr einen Scheinpreis zu erblicken. So war die arrha zum Handgeld, Haftgeld, Draufgeld geworden.

Die arrha verpflichtete also den Empfänger zur Gegenleistung, d. h. sie begründete dessen Schuld. Dessen Haftung zu begründen, war sie aber ebensowenig imstande, als sie den Käufer zur Vollzahlung des Kaufpreises verpflichtete, d. h. seine Schuld und Haftung begründete. Diese konnten nur durch besondere Wadiationen bewirkt werden.

§ 20.

c 3) Die arrha in erweiterter Funktion, schuld- und haftungsbegründend.

Es ist klar ersichtlich, daß die Tendenz der arrha darauf gehen mußte, von der Wadiation unabhängig zu werden, und zwar dadurch, daß sie die Funktion der wadia in sich aufnahm. In der Tat wurde die arrha bald fähig, ganz allein eine vollkommene obligatorische Bindung der Parteien mit Schuld und Haftung zu begründen. Diese Tatsache finden wir schon im bayrischen Volksrechte bestätigt. Die oben zitierte Stelle der lex Wisig. V. 4, 4 findet sich hier als XVI, 10 in einer Fassung wieder, die Siegel[1]) als unverständlich bezeichnet. Die Stelle lautet: „Qui arras dederit pro quacumque re, pretium cogatur implere, quod placuit emptori. Et si non accurrerit ad diem constitutum, nec antea non rogavit ad placitum ampliorem, hoc neglexerit facere: tunc perdat arras et pretium, quod debuit, impleat.“ Jedenfalls so viel zeigt diese Stelle mit Sicherheit: Die Hingabe der arrha hat auch die Haftung des Käufers zur Folge. Sie tritt also in Beziehung zur wadia, und ganz in deren Funktion finden wir sie in einer anderen Stelle, nämlich in lex Bai.

[1]) Siegel, Versprechen etc., S. 33, Anm. 17.

XVII,3 „Propter arras, qui donat quasi pro pignus qualecunque re, usque dum solvat debitum et pignus recipiat.“

Auch die langobardische arrha, das launegild bei Schenkungen, nahm schon in früher Zeit einen Charakter an, den es ursprünglich nicht gehabt hatte. An den Empfang des launegild wurde nämlich die Währschaftspflicht geknüpft, wozu früher eine Wadiation erforderlich gewesen war. Dies zeigt die Stelle Edictum Liutpr. XLIII. „Si quis alio homini rem donaverit et launegild susceperit, et postea defendere minime potuerit.“

So war die Entwicklung allmählich dazu gelangt, in die Hingabe der arrha zu vereinigen, was ursprünglich nur durch diese sowie zwei Wadiationen bewirkt werden konnte. Wie Heusler[1]) sagt: „Zu einer Zeit, welcher das lebendige Gefühl für die ursprüngliche Funktion für arrha und wadia schon verloren gegangen war, und welche beide nur noch als äußere Form würdigte, mochte es überflüssig erscheinen, den Käufer, welcher schon die arrha gab, auch noch die wadia geben zu lassen, die arrha erschien genügend, um die Bindung nach beiden Seiten, sowohl die Behaftung des Verkäufers als auch die Verpflichtung des Käufers, zum Ausdrucke zu bringen.“ So war die Hingabe der arrha zu einem vertragsschließenden Akte geworden, und zwar braucht man die Arrhalverträge nicht mit Heusler[2]) als eine besondere Vertragsart zu bezeichnen, sondern kann in ihnen Realverträge sehen, da sie ja im Anschluß an diese entstanden sind und die arrha ja direkt an die Stelle des Kaufpreises getreten, wenn auch nicht zum Scheinpreise geworden ist.

Es ist eine notwendige Folge, daß die arrha, die doch ihre Bedeutung als schuldbegründendes Element von der Vorleistung entlehnt hatte, jetzt, nachdem sie fähig geworden war, auch die Haftung zu begründen, gleichsam als Gegengabe diese neue Funktion auch auf die Vorleistung übertrug. Und so kam es in analoger Entwicklung dazu, daß die ganze oder teilweise Vorleistung des

---

1) vgl. Heusler, Bd. II, S. 256. 2) a. a. O. S. 237, 257.

einen Kontrahenten einen vollgültigen Vertrag zustande brachte.

§ 21.

c1) Die langobardische stantia.

Aus diesen Betrachtungen haben wir ersehen, daß im altdeutschen Rechte der Verkehr sich erst nur in Bargeschäften bewegte, dann aber allmählich aus dem Delikte der Formalvertrag der Wadiation und in allmählicher langsamer Bildung aus dem Bargeschäfte der Realvertrag entstanden ist. Nirgends aber haben wir ein Anzeichen gefunden dafür, daß auch dem formlosen Konsense rechtliche Wirkung beigelegt wurde. Jedoch finden wir im langobardischen Rechte eine Vertragsart, die formlos geschlossen, aber doch mit rechtlicher Wirksamkeit ausgestattet zu sein scheint, nämlich die stantia. Wir müssen deshalb die stantia einer eingehenden Betrachtung unterziehen.

Im langobardischen Rechte tritt uns ein Gegensatz zwischen zwei verschiedenen Arten von Verträgen entgegen, zwischen der eben genannten stantia und der wadiae obligatio. Diese Verschiedenheit geht z. B. aus einer Stelle von Edictum Ratchis V, cap. 1 hervor: „Quia si stantiam, quam ante liberos hominis aliquis facit, stare debet, quanto magis ea causa, que per wadia firmatur et liberi homines intersunt, negare nihil hominis convenit?“ Es wird also hier zwischen der wadiae obligatio und der stantia unterschieden. Beide ziehen eine obligatorische Verpflichtung nach sich. Die Frage ist nun, ob unter dieser stantia ein formloser Vertrag zu verstehen ist. Eine solche Annahme wird zweifellos dadurch sehr wahrscheinlich gemacht, daß die stantia identisch ist mit dem, was sonst im Edictum und in den Urkunden „convenientia“ heißt. Dieser Ausdruck ist aber zunächst gar keine Vertragsbezeichnung, sondern bedeutet schlechtweg „Übereinkommen“. Das geht daraus hervor, daß der Ausdruck „per convenientiam“ gleichbedeutend mit „per bonam volun-

tatem“ gebraucht wird, wie Heusler [1]) durch Quellenbelege nachweist. Ist stantia jedoch im Gegensatz zu wadiae obligatio gebraucht, so bezeichnet dieser Ausdruck alle anderen Verträge, also die Realkontrakte und die per cartam eingegangenen Pönalstipulationen (diese konnten nicht durch wadiae obligatio übernommen werden, weil die wadiae obligatio nur bei fälligen Forderungen möglich war). Und zwar bezeichnet das Edikt an mehreren Stellen als Folge der stantia ein stare debere, wie schon der Name sagt, als Folge der wadiae obligatio ein complere debere. Und dieser Gegensatz findet wieder seine Erklärung in der rechtlichen Konstruktion der wadiae obligatio, die in der damaligen Zeit noch eine sofortige Exekutionsbefugnis gewährte, während bei der stantia die Verpflichtung zwar stabilis, d. h. verbindlich, aber noch nicht sofort exequierbar war. Der Schuldner mußte erst um freiwillige Leistung angegangen werden.

Eines ist durch diese Ausführung jedenfalls wohl nachgewiesen worden, nämlich daß die stantia des langobardischen Rechtes keinen Konsensualkontrakt bezeichnet.

§ 22.

cc) Resultat. Verwandte Rechte.

Fassen wir das Resultat zusammen, das wir für die Zeit der Volksrechte gewonnen haben, so können wir kurz sagen: Nirgends haben wir ein Anzeichen für die rechtliche Wirksamkeit eines formlosen Schuldvertrages gefunden. Wir haben nachgewiesen, daß zur rechtlichen Gültigkeit des Geschäftes entweder Barleistung oder Wadiation oder Hingabe der arrha erforderlich war. Sogar der „konsensuellste aller Verträge“, der Kauf, der doch auch in dem formenstrengen Rom eine Ausnahme bildet, unterliegt den allgemeinen Regeln.

Auch der Hinweis Reyschers [2]) auf altdänisches Recht vermag nichts für die Formlosigkeit zu beweisen, zeigt

[1]) Heusler, a. a. O. Bd. II. S. 239, Anm. 2. [2]) Beiträge zur Kunde des germanischen Rechts, 1833, Nr. 1 über die Symbolik des germanischen Rechts S. 9, Kolderup-Rosenvinge, Grundrids af den danske Retshistorie, 2. Aufl., 1832 und 1860, Deutsche Übersetzung von Homeyer 1825.

vielmehr, daß im altdänischen Rechte der Handschlag zum gültigen Abschlusse eines Vertrages erforderlich war, und dieser ersetzte vollkommen die Hingabe der wadia. Wurde doch auch bei den Sachsen der Formalkontrakt nicht durch Hingabe des wadium, sondern „curvatis digitis“ abgeschlossen. Wie später der Handschlag überall an die Stelle der wadia trat, wird weiter unten noch dargelegt werden.

Diese Sitte des Handschlags finden wir zu jener Zeit auch im altschwedischen Rechte bei verschiedenen obligatorischen Geschäften. Nach v. Amira[1]) gedenkt des Handschlags Westgötalagen beim Verlöbnis und bei der Bürgschaft für Landkauf, das gemeine Land- und Stadtrecht beim Mobiliarkauf. Die Urkunden aber zeigen den Handschlag als einen feststehenden Landesbrauch bei noch mancherlei anderen obligatorischen Verträgen[2]).

b) Die Zeit der Rechtsbücher.

aa) Das Gelöbnis, der deutsche Formalvertrag des Mittelalters.

§ 23.

a1) Das Gelöbnis als formloses Versprechen aufgefaßt.

Mit diesen Betrachtungen über die Bedeutung des Handschlags im schwedischen Rechte sind wir bereits in eine spätere Periode der Rechtsentwicklung gelangt und müssen uns nun der Untersuchung der Frage zuwenden, ob sich die Gültigkeit des formlos abgeschlossenen Vertrages vielleicht bereits zur Zeit der Rechtsbücher durchgesetzt hat. In der Tat gibt es auch eine Reihe von Germanisten, die zwar zugeben, daß zur Zeit der Volksrechte Formstrenge geherrscht habe, andererseits aber mit Bestimmtheit die Ansicht vertreten, daß zur Zeit der Rechtsbücher der formlose Vertrag bereits anerkannt gewesen sei. Die hauptsächlichsten Vertreter dieser An-

[1]) Nordgermanisches Obligationenr. Bd. I, S. 290—294, insbes. S. 291.
[2]) v. Amira, a. a. O. insbes. S. 292.

sicht sind Stobbe [1]), Behrend [2]) und Schulte [3]). Als Hauptbeweis für die Klagbarkeit formloser Verträge führt man stets an, daß im Sachsenspiegel und verwandten Rechtsbüchern dem Gelöbnis rechtliche Wirksamkeit beigelegt wurde. Diese Tatsache folgert man aus der Stelle des Ssp. I, 7 und ihren Varianten. Um deren Beweiskraft zu prüfen, müssen wir näher auf sie eingehen und können uns nicht mit ihr dadurch abfinden, daß wir wie Sohm [4]) einfach sagen: „Die Stelle Ssp. I, 7, von welcher man bisher allgemein ausgegangen ist, bedarf wegen ihrer unbestimmten Fassung weit mehr der Erläuterung, als daß sie Aufschluß zu geben imstande wäre." Die Stelle lautet: „Sve icht borget oder lovet, die sal't gelden, unde svat he dut, dat sal he stede halden. Wil he is aber versaken dar nah, he untvort it ime mit sinem ede, svat he vor gerichte nit geleut ne hevet. Svat he aver vor gerichte dut, des vertüget en de sakeveldige mit tven mannen, unde de richter sal de dridde sin." Dieselbe Stelle findet sich im Spiegel Deutscher Leute als cap. 15 wieder. Vom Deutschenspiegel ist sie in fast gleicher Fassung in den Schwabenspiegel cap. 11 übergegangen. Im Landrecht von Ruprecht von Freysingen entspricht cap. 9 dem Swsp. cap. 11. Derselbe Grundsatz findet sich auch im kaiserlichen Landrechtsbuch cap. 11 und im Keyserrecht nach der Handschrift von 1372 in Buch 2 cap. 39. Auch im Berliner Stadtrechtsbuche [5]) wird die Ssp.-Stelle zitiert. Anzuführen ist hier noch cap. 6 Art. 14 (Lappenberg) des alten Hamburger Rechts von 1270, eine Stelle, die in den Statuten von 1292 als G. XIII wiederholt ist, während sie sich im Stadtrechtbuche von 1497 als L. II in ähnlicher Fassung wiederfindet.

Dies werden wohl die hauptsächlichsten Stellen sein, die sich an die berühmte Stelle Ssp. I, 7 anlehnen. Sie sprechen alle die rechtliche Verbindlichkeit des geloven

---

[1]) Stobbe, Reurecht u. Vertragsschluß, Ztschr. f. Rechtsgerch. Bd. 13 S. 216 ff., Privatr., 3. Aufl., 3. Bd., S. 64. [2]) Behrend, Ztschr. f. Handelsr. Bd. 21, S. 586. [3]) Schulte, Reich- und Rechtsgesch. S. 84. [4]) Eheschl. S. 25, Anm. 8. [5]) bei Fidicin, Bd. I, S. 172.

aus. Es ist nun zu prüfen, ob dadurch auch die Klagbarkeit formloser Verträge festgesetzt wird, d. h. wir haben zu untersuchen, ob das Gelöbnis ein formloser Vertrag ist.

Die Stelle einfach dadurch zu beseitigen, daß wir wie Stobbe[1]) „sie für eine bloß ethische Vorschrift oder für eine außerhalb des positiven Rechtes stehende Abstraktion Eikes erklären", ist unmöglich. Denn die Stelle spricht eine positive Rechtsregel des damaligen Rechtes aus. Aber wenn wir dies auch zugeben, sind wir damit noch nicht, wie Stobbe zu meinen scheint, gezwungen, die Klagbarkeit auch formloser Verträge zu bejahen. Die Bedeutung der Stelle für den Beweis des formlosen Vertrages steht und fällt mit einer verschiedenartigen Auslegung des loven.

Die Untersuchung der Bedeutung dieses Ausdruckes stellt sich als der Kernpunkt unserer Aufgabe dar und soll deshalb eingehender und mit der größten Gründlichkeit behandelt werden. Wir wollen versuchen, durch Prüfung der Entstehung des Gelöbnisses und kritische Betrachtung der dasselbe behandelnden Quellenstellen zu einer richtigen Auffassung von dem Wesen des Gelöbnisses zu gelangen.

b 1) Gegenbeweis.

a 2) Durch Darstellung der Entstehung des Gelöbnisses.

§ 24.

Abschwächung der Wadiation in Inhalt und Form.

Zu diesem Zwecke knüpfen wir an die Ausführungen an, in denen wir oben die allmähliche Ausbildung des Formalkontraktes dargelegt haben. Es ist klar, daß die außergerichtliche Wadiation, die ja eigentlich noch gar nicht ein völlig ausgebildeter Formalkontrakt war, die Tendenz in sich trug, durch Abschwächung der Beschränkungen, die ihre volle Entfaltung und freie Anwendung

[1]) Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. XIII, S. 217.

noch hinderten, sich in einen reinen Formalvertrag im eigentlichen Sinne zu verwandeln.

Den wichtigsten Schritt in der Entwicklung, das Aufkommen der Selbstbürgschaft, haben wir schon oben dargestellt. Aber dadurch war ein überall und stets anwendbarer Formalvertrag noch nicht geschaffen. Denn die Wadiation war noch auf fällige Leistungen beschränkt. Daß im Laufe der Entwicklung diese Schranke jedoch fiel, zeigt die oft[1]) angewendete Formel im liber Papiensis: „Petre te appellat Martinus quod tu dedisti sibi wadia quod tu dares illi solidos C in Kalendis Maiis." Auch die Verpflichtung zur Zahlung einer Konventionalstrafe konnte jetzt durch wadia begründet werden. Es war jetzt nicht mehr wie früher (Liutpr. 116) ihre Vereinbarung per cartam erforderlich. Erst durch diese Erweiterung ihrer Anwendbarkeit war die Wadiation zu einem wirklichen Formalkontrakte geworden. Andererseits wurde die sofortige Pfändungsbefugnis, die sie bisher für den Gläubiger begründet hatte, durch das Aufkommen der gerichtlichen Exekution eingeschränkt.

Aber noch eine weitere Folge zog die außergerichtliche Vornahme der Wadiation nachsich. Da ihr Abschluß nicht mehr gerichtskundig war, so kamen denn jetzt auch oft Bestreitungen der Verbindlichkeit trotz Vornahme der Wadiation vor. In Edict. Roth. 366 und Ratchis V. wird uns von solchen Meinungsverschiedenheiten zwischen beiden Kontrahenten erzählt. Es war eine notwendige Konsequenz, daß dem Schuldner als Verteidigungsmittel der Reinigungseid zugebilligt wurde (Roth. 366). Ausgeschlossen wurde dieser nur, wenn der Gläubiger sich auf Zeugen, die bei der Wadiation zugezogen waren, berufen konnte. (Liutpr. XV. unter Bestätigung von Ratchis V. im Gegensatze zu Liutpr. VIII., wo Zeugen den Reinigungseid nicht ausschlossen.) Hiermit war die Klage auf Grund der Wadiation zur einfachen Schuldklage geworden[2]).

[1]) vgl. z. B. Cod. Cav. I, Nr. 11, 21,22, 113, 121, 126, 127, 134 usw.
[2]) Über diese Entwicklung vgl. Heusler, II, S. 242—244.

Mit dieser Abschwächung des Inhalts der Wadiation ging Hand in Hand eine entsprechende Verblassung ihrer Form. Schon in früher Zeit war es zulässig geworden, an Stelle der festuca einen anderen wertlosen Gegenstand, z. B. ein Haar aus dem Barte, einen Faden aus dem Mantel, als wadium zu geben. Auch war Eid und Handschlag schon an die Stelle des wadium getreten. Das geht aus zwei Quellenstellen bei Gregor von Tours, nämlich Hist. Frank. V, 3 und de gloria confess. cap. 68, hervor[1]).

In späterer Zeit ersetzte aber Eid und Handschlag überall die Hingabe des wadium, so daß nunmehr jeder mit Eid oder Handschlag abgeschlossene Vertrag ein Formalvertrag, und zwar die alte Wadiation war. Dieser Formalvertrag führt aber den Namen „Treugelöbnis“ oder „Gelöbnis“ schlechthin, so daß wir in der oben angeführten Stelle des Ssp. es mit nichts anderem zu tun haben als mit dem Formalvertrage des mittelalterlichen Rechtes, mit der alten Wadiation in fortentwickelter Gestalt, aber nicht mit einem formlosen Vertrage.

Die Entstehung des Gelöbnisses, wie wir sie dargestellt haben, drängt uns dazu, in ihr einen Formalkontrakt zu sehen. Daß diese Auffassung richtig und jede andere Erklärungsmöglichkeit ausgeschlossen ist, wird durch die kritische Betrachtung der das Gelöbnis behandelnden Quellenstellen mit Sicherheit bestätigt.

b 2) Durch quellenmäßige Untersuchung seines Wesens.

§ 25.

a 3) Promittere identisch mit loven.

Ehe wir jedoch in die eigentliche Untersuchung, die allein fähig ist, uns einen zwingenden Beweis zu geben, eintreten, muß vorher darauf hingewiesen werden, daß in den lateinischen Urkunden das „promittere“ dem „loven“ vollständig entspricht. Das geht aus einer Vergleiche

[1]) vgl. Löning, a. a. O. S. 25.

folgender Stellen hervor. Ssp. III, 41, § 1. „Jewelkes gewangenen dat unde lof ne sal dur recht nicht stede sin dat he binnen wengnisse gelovet . . . . . svelke orveide he gelovet oder svöret, die sul he durch recht lesten, unde anderes gelovede, dat he binnen wengnisse lovet (oder dut)“ und der entsprechenden Stelle des Brünner Schöffenbuches 595: „homo si iniuste capitur et metu mortis in captivitate coactus quidquid promiserit, vel se facere velle iuraverit, ad tale secundum promissum seu iuramentum, postquam carcerem evaserit, non obligatur, nec compellitur ipso iure, promissum enim debet esse voluntarium, alioquin potius dicitur coactio, quam promissum.“ Durch diese Gegenüberstellung beider Stellen ist mit Sicherheit bewiesen, daß „promittere“ die lateinische Übersetzung des „geloven“ ist. Folglich ist die Bedeutung von Stellen, die von promittere sprechen, z. B. Brünner Schöffenbuch cap. 595: „Antiquum ius civitatis quod quasi communiter ubique servatur habet, quod promissa, quae homo voluntarie facit ad implere debet. Unde qui promittit alteri se daturum aliquod marcas grossorum pragensium, tenetur dare“ und von anderen, die zum Beweise für das Bestehen der Formfreiheit angeführt werden, vollständig von der Auslegung des „loven“ abhängig.

b 3) Spezielle Untersuchung des Wesens des Gelöbnisses.

§ 26.

a 4) Geloben gebraucht für geloben auf Treue.

Loven ist aber der deutsche Formalkontrakt des Mittelalters, eine Fortbildung der alten Wadiation oder fides facta. Um zu diesem Resultate zu gelangen, müssen wir drei Behauptungen nachweisen, die wir gleich hier an die Spitze stellen:

1. Geloben wird stets im Sinne von geloben auf Treue gebraucht.
2. Das Treugelöbnis ist ein Formalakt.
3. Das Treugelöbnis ist identisch mit der alten Wadition oder fides facta.

Die erste These hat Puntschart, gestützt auf die Vorarbeiten insbesondere von Sohm, Heusler und Schröder in seinem „Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechtes im Mittelalter“[1]) durch eine große Menge von Quellenbelegen nachgewiesen und gegen den Widerspruch und die Kritik von Claudius Frhrn. von Schwerin[2]) durch neue Beweisgründe verteidigt und befestigt[3]). Die Meinungen für und gegen und ihre Belegstellen sollen hier einer kritischen Untersuchung insoweit unterzogen werden, als sie nicht über den Rahmen der Hauptfrage hinausgreifen.

Zum Beweise, daß das einfache Gelöbnis stets ein Treugelöbnis sei, weist Puntschart auf verschiedene Punkte hin. Er beginnt mit der Bemerkung, daß wie beim alten „fidem facere“ und beim „Glauben tun“ des Mittelalters, so auch beim einfachen Gelöbnis gerne die Tat hervorgehoben werde, indem man vom „Gelöbnis tun“ und „promissum facere“, „promissionem facere“ spreche. Als Gegenstand des Tuns sei beim Treugelöbnisse die Hingabe der Handtreue gedacht. Und wenn nun beim einfachen Gelöbnisse auch von einem Tun gesprochen werde, so müsse auch etwas hingegeben werden, und das könne nur die Treue sein, so daß somit das einfache Gelöbnis auch die Treue verpfände, folglich notwendigerweise immer ein Treugelöbnis sein müsse.

v. Schwerin wendet sich jedoch gegen die Annahme, daß beim Treugelöbnisse die bezeichnete Ausdruckweise sich notwendigerweise auf die Verpfändung der Treue beziehen müsse. Er beruft sich darauf, daß der Gebrauch von „geben“ und „empfangen“ auch in vielen anderen Fällen sich finde, in denen eine Verpfändung der Treue schlechterdings unmöglich angenommen werden könne, z. B. bei der Ausdrucksweise „Eide empfangen“ oder in der Stelle Ssp. I, 35, § 2, in der von „Erlaubnis geben“ die Rede ist.

---

[1]) Puntschart, S. 303—334. [2]) In Ztsch. der Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch. Germ. Abt. Bd. 25, 1904, S. 323—344. [3]) Puntschart, in Ztschr. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch. Germ. Abt., Bd. 26, 1905, S. 165—194.

Allerdings liegt dem Geben und Empfangen nicht immer eine Verpfändungsabsicht zugrunde. In den meisten Fällen bezeichnen diese Ausdrücke vielmehr einen Schenkungsgedanken. Ob diese oder jene Bedeutung vorliegt, hängt davon ab, ob es sich um eine dauernde oder vorübergehende Gabe handelt. In Ssp. I, 35, § 2, bei „orlof (d. h. Erlaubnis) geben" kommt eine Schenkungsabsicht zum Ausdruck. Der Eid jedoch ist begrifflich Pfandsatzung, wie schon aus Wendungen „bei dem Eide" und „auf den Eid" hervorgeht. Dadurch erklärt sich der Ausdruck Eide geben. Im übrigen geht auch aus Stellen unserer Heldengedichte[1]) deutlich hervor, daß die Verpfändung der Treue etwas ganz Volkstümliches war. Somit ist erwiesen, daß beim Treugelöbnisse die Treue zum Pfande gesetzt wird. Daß aber auch beim einfachen Gelöbnisse die Treue verpfändet wird, geht daraus hervor, daß gelegentlich in Wendungen, welche das Verpfänden der Treue zum Ausdruck bringen, anstatt „Treue" „Gelöbnis" gesagt wird. Und als zwingenden Beweis dafür bezeichnet Puntschart die Tatsache, daß in den Magdeburger Fragen IV, 4 d_2 im Texte „uff syn gelobde" stehe, während es in der Überschrift „uff syne truwe" heiße. Die Leistung des Gelöbnisses bedeutet also Hingabe der Treue. Der Einwurf v. Schwerins, es liege hier anscheinend eine Breviloquenz vor, vermag keinen Beweis des Gegenteils zu erbringen. Und gerade, wenn man die Stelle aus der Bremer Urkunde von 1363[2]) mit v. Schwerin wörtlich durch „bei Gelöbnis, Eiden und Ehren" übersetzt, zeigt der Umstand, daß die Formel sonst, wie auch v. Schwerin behauptet, „bei Treuen, Eiden und Ehren" lautet, daß „Gelöbnis" hier identisch mit „Treue" gebraucht ist.

Sodann weist Punschart[3]) durch eine große Menge von Quellenbelegen nach, daß man den Ausdruck „Geloben mit der Hand" stets im Sinne des Treugelobens gebrauchte, insbesondere habe stipulatio immer das Handgelöbnis

---

[1]) Puntschart, bei Savigny Bd. 26, S. 170, Anm. 3. [2]) Bremisches Urkundenbuch, Bd. III Nr. 206. [3]) Puntschart, S. 308, Anm. 1.

bezeichnet, und da die Quellen stipulatio auch als Bezeichnung für das Treugelöbnis verwenden, so müsse eben das Treugelöbnis stets nicht nur von einer Handbewegung begleitet, sondern vielmehr durch sie abgeschlossen worden sein.

Gegen die abweichende Ansicht v. Schwerins genügt es auf die bei Puntschart S. 309 herangezogenen Glossierungen hinzuweisen, in denen stipulatio direkt mit „stupfen bei Glauben" erklärt ist.

Auch die Beweisgründe, die v. Schwerin dafür anführt, daß die Handreichung nicht stets eine Art Verpfändung gewesen sein müsse, sind nicht zwingend. (Vgl. dagegen Puntschart b. Savigny S. 177.)

Da mithin jedes Handgelöbnis als Treugelöbnis anzusehen ist und sich in § 27 zeigen wird, daß auch das einfache Gelöbnis mit der Hand abgelegt wird, so muß das einfache Gelöbnis auch stets ein Treugelöbnis sein.

Als dritten Beweisgrund dafür führt Puntschart an, daß in den Quellen sowohl Gelöbnis als auch Treugelöbnis dem Eide gleichgesetzt werden. Nun mag zwar daraus hervorgehen, daß dem Gelöbnis eine hohe Bedeutung beigemessen worden ist, einen zwingenden Beweis dafür daß Gelöbnis identisch mit Treugelöbnis sein muß, vermögen sie jedoch nicht zu erbringen, und es ist vollkommen den Worten v. Schwerins[1]) beizupflichten: „Obwohl es richtig ist, daß gleiche Wirkungen auf gleiche Ursachen schließen lassen, so ist man doch im gegebenen Falle nicht gezwungen anzunehmen, es habe zunächst ein Treugelöbnis dem Eide gleichgestanden, und ein einfaches Gelöbnis nur deswegen, weil es eben innerlich ein Treugelöbnis gewesen sei."

Auch die Entgegnung Puntscharts, der Eid gelte als der höchste Treuakt, und wenn ihm das Gelöbnis gleichgestellt werde, müsse in dem Gelöbnis, um diese Gleichstellung zu rechtfertigen, notwendigerweise auch ein Treuakt zu verstehen sei, vermag zwar seine Ansicht zu stützen, einen zwingenden Beweis dafür, daß er so sein müsse, vermag sie aber kaum zu bilden.

[1]) S. 331/332.

Dagegen ist dem vierten Beweisgrunde Puntscharts die zwingende Kraft nicht abzusprechen. Er weist quellenmäßig nach, daß häufig zuerst nur von geloben gesprochen wird, während sich aus dem weiteren ergibt, daß unter diesem Geloben das Treugelöbnis gemeint ist. Die Untersuchung dieser Frage wird uns längere Zeit in Anspruch nehmen.

Löning hat schon am Anfange seines Werkes[1]) seine Ansicht dahin ausgesprochen, daß jedes Geloben ein Geloben auf Treue sei und findet einen zwingenden Beweisgrund für seine Ansicht in Richtsteig Landrechts cap. 41 § 1, eine Stelle, auf die sich auch Heusler[2]) und Puntschart[3]) berufen, um die Gleichstellung des Gelöbnisses mit dem Treugelöbnis quellenmäßig zu belegen. Die Stelle lautet: „De drudde vormengde clage kumpt van lovede. Lovet di en wat, unde ne willes he di nicht holden, so nim enen vorspreken als hir vor geleret is, de spreke sus: her richter, N. de claget gode unde in, dat N. heft neme gelovet bi sine truwen".

Ob dieser Zusatz, wie Löning meint, zufällig oder, wie Puntschart glaubt, mit voller Absichtlichkeit gerade in die Klagformel gesetzt ist, ist hier nicht von Belang. Uns interessiert hier nur die Frage, ob die Stelle imstande ist, mit voller Sicherheit nachzuweisen, daß Gelöbnis identisch mit Treugelöbnis ist. Mit Puntschart ist vor allem auf die Überschrift des Kapitels „von der vormengden clage de dar kumpt van lovede" Wert zu legen. Denn hätte es sich in dem Kapitel um ein Gelöbnis besonderer Art gehandelt, so wäre das sicherlich in der Überschrift zum Ausdruck gekommen[4]), und es ist auch hier nicht mit dem von Schwerin so oft benutzten Einwurfe einer Breviloquenz etwas anzufangen, da in der Überschrift eine solche am allerwenigsten am Platze gewesen wäre. Auch hätte, wenn ein Unterschied zwischen Gelöbnis und Treugelöbnis bestände, eine Hervorhebung

---

1) S. 23 ff., Anm. 34. 2) II, S. 245. 3) Puntschart, S. 319.
4) A. M. Homeyer, Der Richtsteig Landrechts, S. 447 ff.

der Treuklausel wohl gerade in der Wiedergabe des der Klage zugrunde liegenden Tatbestandes auf keinen Fall unterbleiben dürfen.

Auch v. Schwerin kann sich der Beweiskraft dieser Stelle nicht verschließen, meint jedoch, als einzigem Belege stehe ihr ja immer noch der Umstand entgegen, daß der Wortlaut auf einer Nachlässigkeit des Verfassers beruhen kann. Aber abgesehen davon, daß die Stelle nicht der einzige Beleg ist, wie sich sofort zeigen wird, ist der Hinweis auf eine etwaige Nachlässigkeit des Verfassers nichts als eine leere Ausflucht, die nicht im geringsten imstande ist, das Gebäude der Beweise Puntscharts einzureißen.

Puntscharts Ansicht wird nämlich bestätigt durch Ssp. III, 41 § 1, die Stelle lautet: „Jewelkes gevangenen dat unde lof ne sal dur recht nicht stede sin dat he binnen vengnisse gelovet.

Let man aver ine ledich uppe sine trüwe riden to dage, he sal durch recht weder komen unde sine trüwe ledegen."

Nach Puntschart enthält der zweite Satz eine Ausnahme von den im ersten ausgesprochenen Prinzipe. Das Geloben ist in beiden Fällen dasselbe. Nur der Gegenstand des Gelöbnisses ist ein anderer. Mithin lautet nach ihm die Stelle: Jedes Gelöbnis eines Gefangenen mit Ausnahme des Gelöbnisses der Rückkehr im Falle der Freilassung ist nichtig. v. Schwerin dagegen formuliert die Stelle dahin: Jedes Gelöbnis eines Gefangenen ist nichtig, dagegen nicht das Treugelöbnis der Rückkehr im Falle der Freilassung.

Die erste Erklärung ist völlig einleuchtend. Alle Gelöbnisse eines Gefangenen sind nichtig, weil er sie nur gezwungen tut. Zu einem Gelöbnisse aber ist er nicht gezwungen, zum Gelöbnisse der Rückkehr. Leistet er es nicht, so wird er nicht freigelassen. Leistet er es aber, so leistet er es ungezwungen, denn sein Gewalthaber läßt ihm ja die Wahl: entweder weitere Gefangenschaft oder Freilassung gegen Gelöbnis der Wiederkehr. Das Ge-

löbnis ist daher kein erzwungenes, und da nur die erzwungenen Gelöbnisse von der Folge der Nichtigkeit betroffen werden, so ist es auch nicht nichtig. Diese Auslegung ist ganz natürlich und ungezwungen[1]).

Dasselbe kann man jedoch von Schwerins Erklärung nicht sagen. Folgt man seiner Auffassung, so hat der Verfasser des Ssp. bestimmt einen Gedanken unterschlagen. Denn die beiden Sätze: „Jedes Gelöbnis eines Gefangenen ist nichtig" und: „Das Treugelöbnis der Rückkehr ist nicht nichtig", geben uns keine Klarheit. Wie ist denn dann das Treugelöbnis anderer Leistungen zu behandeln?

Somit bedarf es wohl kaum mehr des Nachweises durch Geschäftsurkunden, um dem Satze: „Treugelöbnis und Gelöbnis sind identisch", unantastbare Geltung zu verschaffen.

Ebensowenig ist es eigentlich notwendig, auf den Widerspruch Siegels[2]) einzugehen. Denn wenn in einigen Urkunden[3]) bei der Zusage des Einlagers sich nur die Ausdrücke „promittimus" und „promiserunt" finden und Siegel daraus folgert, daß sie dann, falls geloben gleich geloben entruwen ist, im Sinne einer promissio sub fide oder von fide data gebraucht sein müßten, so hat er vollkommen recht. Jedoch ist diese Bemerkung nicht ein Beweis dafür, daß unsere Auffassung irrig ist, im Gegenteil, wenn wir sonst nur finden, daß das Einlager unter Einsatz der Treue oder durch einen Schwur oder zweifach in einer und der anderen Weise oder bei Treue an Eidesstatt versprochen wird, so ist gerade die Tatsache, daß sich in einigen wenigen Urkunden ein Einsetzen der Treue nicht findet, wohl eher ein Beweis dafür, daß das gewöhnliche promittere sicherlich auch unter Einsatz der Treue erfolgte.

Als ferneren Beweisgrund führt Puntschart die Tatsache an, daß Ehr- und Rechtlosigkeit, deren Verhängung

---

[1]) vgl. auch Siegel, Rechtsgesch. S. 423. [2]) In Handschlag und Eid, S. 67. [3]) vgl. z. B. Baur, Urkundenbuch von Arnsburg, S. 186 a. 1295, Lacomblet: Niederrhein. Urkundenb. II, S. 588 a. 1298, Ludewig, Reliq. manuscript. I, S. 202 a. 1298.

als Strafe auf den Bruch des Treugelöbnisses gesetzt ist, (Ssp. I, cap. 40) auch denjenigen trifft, der sich des Bruches eines Gelöbnisses schuldig gemacht hat. Damit diese Behauptung Beweiskraft hat, ist notwendig nachzuweisen, daß die Strafe der Ehr- und Rechtlosigkeit eine dem Bruche des Treugelöbnisses besonders eigene Strafe gewesen ist. Bereits oben (S. 25) ist angedeutet worden, daß die Strafe der Ehr- und Rechtlosigkeit doch eigentlich eine für den Bruch des Treugelöbnisses verhältnismäßig schwere Folge gewesen ist, sich aber dadurch erklärte, daß die Deutschen eine einmal verpfändete Treue als etwas besonders Heiliges ansahen, deren Bruch mit der strengsten Strafe geahndet zu werden verdiente. Findet sich aber nun dieselbe Strafe, die nur bei Bruch der Treue oder treuloser Gesinnung vorkommt, auch als Folge des einfachen Gelöbnisses, so kann das nur daher kommen, daß auch im einfachen Gelöbnisse die Treue verpfändet wird. In Ssp. cap. 41 § 2 ist diese Strafe als Folge ausdrücklich entruwen gelobter Schuld bezeichnet; in cap. 393 des Glogauer Rechtsbuches aber, das der zit. Ssp.-Stelle entspricht, ist nur von gelobter Schuld ohne jeden Zusatz die Rede. v. Schwerin findet sich mit dieser Stelle einfach dadurch ab, daß er sie auf ein Mißverständnis des Verfassers zurückführt. Ein solcher Ausweg kann jedoch nur dann eingeschlagen werden, wenn sich aus anderen Stellen ergibt, daß der Grundsatz, der in ihr zum Ausdruck kommt, nicht zu halten ist. Ist nun v. Schwerin dieser Beweis geglückt?

Aus Ssp. I, 65 §§ 1—3 folgern Puntschart[1]) und v. Schwerin[2]) das Gegenteil. Puntschart[3]) weist daraufhin, daß der Bürge, trotzdem er nur gelobt hat, das Wergeld geben muß, um nicht rechtlos zu werden. v. Schwerin jedoch stützt sich darauf, daß die Glosse zu dieser Stelle den Zusatz macht: „dat ment he, of he wol truwen gelovet dar up hedde." Diese Glossenstelle ist jedoch kaum beweiskräftig. Denn man muß dagegen erwägen, daß der Sachsenspiegel den

[1]) Puntschart, S. 323. [2]) v. Schwerin, S. 341. [4]) Puntschart, b. Savigny 189 und 190.

Bürgen auch überall nur geloben läßt, und daß er sicherlich, falls er hier ein geloven entruwen, also eine Ausnahme von der Regel gemeint hätte, diese Abweichung ganz besonders hätte hervorheben müssen.

Ebenso beweiskräftig erscheint der Hinweis Puntscharts auf die Fälle, in denen das loven sich als Nachfolger des alten fidem facere kennzeichnet, und in denen ein schlichtes Versprechen durch die Bedeutung des Treuaktes ausgeschlossen ist, andererseits aber das Geloben nur der alte Treuakt sein kann. Abgesehen von der Bürgschaft wird auch das Urteilerfüllungsgelöbnis[1]) durch Gelöbnis abgelegt. (Z. B. in Sächs. Lehnrecht 69 § 12 und in Hallischen Schöffenbüchern III 488, bei Seibertz Urkundenbuch des Herzogtums Westfalen II No. 719.)

Art. 43 der alten Soester Schrae von 1350 bewiese für unsere Frage gar nichts, obgleich sich sowohl Puntschart, als auch v. Schwerin auf sie berufen, da ja in ihr nichts gesagt ist, als daß man Realkontrakte gern mit dem Treugelöbnisse sichert, um nämlich die schweren Folgen der Ehr- und Rechtlosigkeit an ihr Nichthalten zu knüpfen, wenn nicht das Statutarrecht von Rüden an der entsprechenden Stelle bloß von geloben spräche, also ein augenscheinlicher Beweis der Indentität von Gelöbnis und Treugelöbnis.

Nicht zu verkennen ist auch, daß die parallelen Ausführungen Theodor Lindners[2]) über die laudatio bei der Wahl des deutschen Königs, also einem öffentlichrechtlichen Akte, sehr geeignet sind, eine Stütze der Puntschartschen Beweise zu bilden. Ist doch Geloben nach Grimm[3]) entstanden aus dem ore laudare der alten Urkunden.

Indem wir somit die Gründe Puntscharts und ihre Kritik durch seinen Gegner gewürdigt haben, sind wir zu dem Resultate gelangt, daß die Ausführungen Puntscharts

---

[1]) Darüber, daß das Urteilserfüllungsgelöbnis uns noch im Mittelalter begegnet, siehe Planck, das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter Bd. II, S. 242. [2]) Über die deutschen Königswahlen und die Entstehung des Kurfürstentums, Leipzig, 1893, Bd. XII, S. 72. [3]) Grimm, Rechtsaltertümer, S. 605.

uns völlig überzeugen müssen davon, daß das einfache Gelöbnis mit dem Treugelöbnis identisch ist. Trotzdem sind wir doch gezwungen, auch die Gegengründe, die andere, insbesondere aber v. Schwerin gegen diese Auffassung anführen, einer kritischen Beleuchtung zu unterziehen.

Es handelt sich da hauptsächlich um zwei Stellen, die erste aus dem Nürnberger Reichsabschiede von 1438, die zweite aus dem Bremischen Urkundenbuche.

In dem genannten Reichsabschiede[1]) erging auf eine Anfrage der Femgerichte in Geldschuldsachen folgendes kaiserliche Gutachten: „Item, daß man ouch deheim Sache für den Freienstul laden oder fürheischen soll, dann die dofür gehoren und dodurch die Gerichte erst erfunden und uffgebrocht seyn, und obe wohl ein Geldschulde oder ander Sache oder verdinge, das dann von eigener Natur an die Freienstule nit gehöret, by guten truwen verschriben were, darumb soll doch soliche Sache nit vor die freien Stule gezogen werden, dann man billicher den Grund und Ursprung der Sache darinne prüfen soll, dan den Zusatz der Befestigunge der Schulde."

v. Schwerin sieht in dem „Grund und Ursprung der Sache" das Gelöbnis. In dem „Zusatz der Befestigunge der Schulde" das Treugelöbnis.

Wenn demgegenüber Puntschart[2]) diese Stelle dahin auslegt, daß „Grund und Ursprung der Sache" auf den an sich formlosen Schuldvertrag hindeutet, „Zusatz und Befestigung der Schuld" jedoch das Treugelöbnis bezeichnet, so ist ihm insoweit beizupflichten, als es sich um den zweiten Ausdruck handelt. Er soll zweifellos das Treugelöbnis bezeichnen. Das Treugelöbnis kann zwar die Bedeutung haben, die durch „Grund und Ursprung der Schuld" entstandene Schuld klagbar zu machen, d. h. zu der schon bestehenden Schuld die Haftung hinzuzufügen. Aus diesem Auseinanderhalten von Grund und Befestigung der Schuld ist aber nicht mit

[1]) Sammlung neuer Reichsabschiede, Bd. I, S. 162. [2]) S. 403; bei Savigny, S. 185.

Puntschart zu folgern, daß das Treugelöbnis stets begrifflich eine Schuld voraussetze und zu dieser nur als Befestigung hinzutrete. Das kann so sein, ist jedoch nicht die Regel. Vielmehr kann durch das Treugelöbnis auch Schuld und Haftung begründet werden, wie bei der außergerichtlichen Wadiation. In unserem Falle allerdings muß man sogar annehmen, daß nicht nur die Schuld, sondern auch die Haftung bereits schon besteht. Das Treugelöbnis kann also hier nur den Zweck haben, zur Begründung einer verstärkten Haftung, nämlich bei Strafe der Ehr- und Rechtlosigkeit, zu dienen. Denn hier handelt es sich wohl im wesentlichen um Darlehnsschulden, und diese werden durch einen Realkontrakt begründet und sind schon auf Grund dieses Realvertrages klagbar.

Durch diesen Nachweis, daß „Grund und Ursprung der Sache" einen schon an sich klagbaren Realvertrag bezeichnet, wird die Hauptstütze des Beweises v. Schwerins widerlegt. Denn daß eine klagbare Schuld vorliegen muß, hat schon von Schwerin richtig erkannt. Wäre doch sonst der Zusatz „das dann von eigener Natur an die Freienstüle nicht gehöret" unverständlich, ja unrichtig, da eine klaglose Schuld überhaupt vor kein Gericht gehört. Da aber v. Schwerin glaubt, daß sich „Grund und Ursprung der Sache" auf das einfache Gelöbnis beziehe, so kommt er zu der irrigen Ansicht, daß das einfache Gelöbnis klagbar sei und einen Gegensatz zum Treugelöbnisse bilde.

Diese Ausführungen widerlegen aber zugleich den zweiten Beweisgrund, den v. Schwerin für seine Meinung anführt. Im Anschlusse an Siegel[1]) stellt er fest, daß „als elfter der zu Dortmund 1430 aufgestellten Prinzipatpunkte neben dem Meineide die Treulosigkeit eine femwrogische Sache genannt ist". Nun maßen sich die Femgerichte die Gerichtsbarkeit in Geldschuldsachen an. „Läge die Treuklausel implicite in jedem Gelöbnis, so hätte die Feme alle Geldschuldsachen an sich ziehen

1) Handschlag und Eid, S. 79.

müssen," ohne daß es erst des kaiserlichen Gutachtens bedurft hätte. Hier übersieht aber v. Schwerin eben die Tatsache, daß zwar alle möglichen Schulden gelobt werden konnten, aber nicht mußten, daß sie aber, wenn sie lediglich auf Grund des Realkontraktes bestanden, nicht unter den elften Prinzipatpunkt fielen und deshalb nicht vor die Femgerichte gehörten. Erst durch die Ablegung des Treugelöbnisses werden die Femgerichte zuständig[1]).

Jedoch die zweite Stelle, die v. Schwerin unter Berufung auf Siegel anführt, macht auf den ersten Blick scheinbar alle unsere Beweisgründe zunichte. Sie findet sich im Bremischen Urkundenbuch I, n. 512, S. 546. „Ein Ritter Aumund," so erzählt Siegel[2]), „verkaufte im Einverständnis mit seinen Erben im Jahre 1296 einige Güter an mehrere Altarpriester der Bremer Kirche. Die Verkäufer versprachen die Gewähr zu leisten unter der Bedingung einzureiten und solange im Einlager zu bleiben, bis die Käufer in den ruhigen Besitz gekommen sein würden. Ad quod faciendum obligamus nos in solidum in hiis scriptis fide praestita corporali, berichtet die Urkunde und fährt dann fort: praeterea Borchardus miles dictus de Cattanie una nobiscum se veredicis verbis obligavit, sed fidem non dedit, quia dicebat, se abiurasse, quod fide data promittere non deberet pro eo videlicet quod omnia et singula supradicta observabimus in hac parte."

Diese Stelle scheint nicht nur zu lehren, daß promittere nicht gleich fide data promittere ist, sondern auch mit Bestimmtheit auszusprechen, daß das einfache promittere rechtsverbindliche Kraft hatte.

Wenn promittere hier in dem Sinne eines farblosen Versprechens gebraucht ist, so ist noch nicht im geringsten dadurch bewiesen, daß promittere stets das formlose Versprechen ist. Im Gegenteil: In dieser Urkunde soll ein Gegensatz zwischen dem formlosen und dem

---

[1]) Puntschart, bei v. Savigny, S. 185/186. [2]) Handschlag und Eid, S. 67, 68.

formellen Versprechen herausgekehrt werden. Da aber promittere stets im Sinne des geloben, des formellen Versprechens gebraucht wurde und die lateinische Urkunde keinen anderen Ausdruck für das formlose Versprechen hatte, so mußte es promittere für dieses wählen unter ausdrücklicher Hervorhebung, daß Borchardus fidem non dedit, was sonst in dem Ausdrucke promittere lag.

Wenn aber Borchardus erklärt, daß das bloße Versprechen ohne Treuverpfändung genüge, so spricht er damit keinen Rechtssatz aus, sondern nur seine eigene persönliche Meinung. Denn wenn sein Verhalten den herrschenden Rechtsregeln entsprochen hätte, so hätte seine Weigerung, sich durch fidem dare zu verpflichten, lediglich konstatiert, nicht aber begründet zu werden brauchen. Borchardus ist mithin ein Neuerer, der sich infolge fremder Einflüsse in Gegensatz zum herrschenden Recht stellt[1]). Es ist klar, daß schon früh von Zeit zu Zeit Bestrebungen auftauchten, den alten Formalismus im Rechte als eine hinderliche Beschränkung zu durchbrechen, und vielleicht hat Puntschart recht, wenn er glaubt, „daß diese Bestrebungen wohl hauptsächlich die Beseitigung oder Abschwächung der Ehr- und Rechtlosigkeit bezielt haben".

Die herrschende Meinung nimmt nun an, daß Borchardus die radikale Ansicht vertreten habe, daß das einfache formlose Versprechen ebenso rechtsverbindlich sei wie das formelle Gelöbnis. So weit geht aber Borchardus wohl nicht. Denn m. E. spricht die Stelle zwar von einem Gegensatze, aber nicht zwischen „promittere" und „fide data promittere", sondern zwischen „promittere fide data corporali" und „promittere veredicis verbis (sc. fide data)", d. h. zwischen dem Gelöbnis durch Handschlag und dem Gelöbnis durch veredica verba, beide Male natürlich unter Verpfändung der Treue. Während aber im Anfange der Stelle durch „fide praestita corporali" sich der Hinweis auf den Handschlag

[1]) Schröder, Rechtsgesch. S. 750. Puntschart, bei Savigny, S. 186.

findet, ist „corporalis“ in dem Satze: „sed fidem non dedit“ hinweggelassen, weil ja oben gezeigt ist, daß es sich um die fides corporalis handelt, d. h. den Handschlag, und weil andererseits die fidei datio immer mit einer Handbewegung verbunden und somit „fidem dare“ zum terminus technicus für „ein Handgelöbnis ablegen“ geworden war. Deshalb scheut man sich, „fidem dare“ auch für das „fidem dare veredicis verbis“ anzuwenden und sagt deshalb „se veredicis verbis obligare“, worunter aber auch eine Verpfändung der Treue zu verstehen ist. Lediglich die Art der Treuverpfändung ist verschieden: dort durch Handschlag resp. curvatis digitis, hier veredicis verbis.

Die Stelle will also nicht sagen: Es genügt, um rechtsverbindliche Wirkung hervorzurufen ein bloßes „promittere“ im Gegensatze zu „fide data promittere“, d. h. ein formloses Versprechen ohne Treuverpfändung im Gegensatze zum formellen Versprechen mit Verpfändung der Treue, sondern in der Stelle kommt lediglich zum Ausdrucke: An Stelle des „promittere fide data corporali“ genügt das „promittere fide data veredicis verbis“, d. h. das Treugeloben mit dem Munde unter Gebrauch formelhafter Worte steht dem Treugeloben mit der Hand gleich, ein Satz der allerdings in Widerspruch steht zu der altdeutschen Rechtsregel: „Sehen geht über Hören“ und nicht weniger mit dem Grundsatze, daß das Treugelöbnis stets mit „Hand und Mund“ abgelegt werden müsse.

Insofern stellt sich Borchardus als ein Neuerer dar, aber nicht in dem Sinne, als ob er zu einer Richtung gehöre, die den Formalismus des Gelübdes überhaupt beseitigen und es sich an formlosen Willenserklärungen genügen lassen will[1]), sondern Borchardus steht lediglich auf dem Standpunkte, daß eine formelle Zusage durch veredica verba einem Schuldversprechen „mit Hand und Mund“ gleichstehe.

---

[1]) Schröder, a. a. O

Wie man jedoch auch diese Stelle im einzelnen auslegen mag, eines ist nach diesen Ausführungen sicher: Es ist völlig ausgeschlossen, die Stelle als einen Beweis für die rechtliche Anerkennung des Grundsatzes der Formlosigkeit von Schuldversprechen aufzufassen. Andererseits kann uns diese Stelle auch nicht hindern, den Satz: „Das Gelöbnis ist identisch mit dem Treugelöbnis," nunmehr als bewiesen zu betrachten.

§ 27.

b 4) Das Gelöbnis als Formalakt.

Unsere bisherigen Ausführungen und das gewonnene Resultat haben für unser Hauptziel nur Bedeutung, falls es uns gelingt nachzuweisen, daß das Treugelöbnis und somit auch das Gelöbnis ein Formalakt gewesen ist. Wiederum ist es Puntschart[1]) gewesen, der Quellen, die diesen Nachweis erbringen, in dem weitgehendsten Maße zusammengestellt hat.

Die gegenteilige Ansicht hat zwar nicht viele Anhänger, fast nur Richard Löning vertritt sie, aber trotzdem ist es notwendig, seinen Standpunkt hier kurz zu erwähnen. Löning sieht im Treugelöbnis nichts anderes als das gewöhnliche Versprechen, Zusagen. Löning[2]) ist Anhänger des Prinzipes der Formfreiheit auch für das älteste deutsche Recht und faßt daher schon die fides facta in diesem Sinne auf.

Was er von der fides facta behauptet, ist von Sohm[3]) vollständig widerlegt worden. Es fragt sich jedoch, ob seine Ansicht vielleicht in bezug auf das Treugelöbnis des späteren Mittelalters berechtigt ist. Eine Widerlegung dieser Auffassung des Treugelöbnisses geschieht am besten dadurch, daß man quellenmäßig nachweist, daß das Treugelöbnis stets unter Einhaltung strenger Formalitäten geleistet worden ist.

Daß eine Form erfordert wurde, weist Puntschart für das alte Gelöbnis der Sachsen aus einer Stelle der

---

[1]) § 18, S. 334—375. [2]) Löning, Vertragsbruch, S. 22/23.
[3]) Sohm, Eheschl. 36. Anm. 27.

Annalen Einhards, in der er von dem Angriffe Pippins gegen die Sachsen handelt, für das Mittelalter aus einer großen Menge von Urkunden nach. Stets findet sich in diesen Belegen ein Nachweis darauf, daß das Versprechen rechtsförmig erfolgt sein müsse, z. B. secundum modum antiquitus observatum[1]), rite[2]), per stipulationem[3]), cum sollempnitatibus ad hoc debitis et consuetis[4]), cum debita iuris sollemnitate[5]) — hier deutet insbesondere der Zusatz iuris an, daß die sollemnitas auch rechtlich notwendig ist, nicht bloß faktisch angewendet wird — und viele andere ähnliche Zusätze[6]).

Eine Form war also erforderlich. Die Feststellung dieser Tatsache ist für uns das Entscheidende. Wenn eine solche angewendet werden mußte, so ist das Treugelöbnis eben ein formaler Akt und kein formloses Versprechen. Die Quellen bezeichnen formelhaft „mit Hand und Mund" oder „mit Finger und Zunge". Die Formen bestanden also in dem Aussprechen formelhafter Worte unter gleichzeitiger Hand- oder Fingerbewegung. Dies hat Puntschart[7]) durch eine Reihe von Stellen quellenmäßig nachgewiesen.

Diesen an sich wohl zwingenden Beweisen steht aber eine Quellenstelle gegenüber, aus der mit Sicherheit und unwiderlegbar hervorzugehen scheint, daß das Gelöbnis ein formloses Versprechen, aber trotzdem klagbar ist. Es ist dies ein Magdeburger Schöffenurteil aus der Thorner Handschrift[8]). Siegel[9]) erzählt den Tatbestand folgendermaßen: „Ein Gast hatte seiner Wirtin ein versiegeltes Geldpäckchen zur Aufbewahrung gegeben, welches mit anderem Geräte abhanden kam. Darüber ernstlich zur Rede gestellt, sagte die Wirtin, was sie auch auf die Klage bei Gericht zugab, dem Gaste: durch got habit

---

[1]) Hoyer, Urkundenb. V. n. 72. [2]) Mecklenburger Urkundenb. n. 3501. B., Marienroder Urkundenb. n. 265. [3]) Urkundenb. d. St. u. d. St. Hameln n. 75. [4]) Bremer Urkundenb. I. n. 527. [5]) Stader Stadtb. n. 187. [6]) vgl. auch Stobbe, Deutsches Vertragsr. S. 26. [7]) S. 342—375. [8]) Behrend, die Magdeburger Fragen, Berlin 1865, Beil. 3, Tl. 21, S. 238. [9]) Handschlag und Eid, S. 68.

gutten mut, is sol mir verloren werden und nicht euch. Auf diese einbekannten Worte erging das Urteil, daß die Beklagte dem Kläger das abhanden gekommene Geld zu ersetzen schuldig sei: denn das gelobede, das sy bekennet, das sol sy halden."

Nach diesem Tatbestande muß man unbedingt Siegel zustimmen und jedes formlose Versprechen als gelobede bezeichnen, dieses gelobede aber als klagbar ansehen.

Aber in derselben Ausgabe der Magdeburger Fragen[1]) findet sich das Urteil auf der nächsten Seite in anderer Fassung. Auch hier erklärt die Wirtin ähnlich wie in Tl. 21: „her gast, nicht betrubit euch, habit eynen gutten mut, das geld sal mir vorloren seyn und nicht euch." Nun folgen jedoch die Worte: „Und tet em recht globte", die in der ersten Fassung nur infolge einer Nachlässigkeit weggelassen sein können und deren Fehlen zu den irrigsten Resultaten führen würde, falls nicht die zweite Fassung des Urteils bekannt wäre. Ein „rechtes" Gelöbnis ist nämlich, so muß man mit Puntschart[2]) sagen, „soviel als ein Gelöbnis, wie es sein soll, wie es das Recht verlangt, abgelegt in richtiger, ordnungsmäßiger Weise. Diese Ordnungsmäßigkeit kann sich nur auf die Einhaltung der Form beziehen". Wir haben es also hier nicht mit einem formlosen Schuldversprechen zu tun, das trotzdem klagbar ist, sondern mit einem regelrechten Gelöbnis. Somit ist diese Stelle kein Beleg für die Ansicht derer, die im Gelöbnisse keinen Formalakt sehen.

Doch deren Anschauung wird sehr gestützt durch die Tatsache, daß zwei Glossenstellen, zu Ssp. I, 7 und zum Hamburger Stadtrecht von 1497, das loven direkt und ohne Einschränkung als formloses Versprechen bezeichnen.

Eine lateinische Glosse zu Ssp. I, 7 sagt ausdrücklich: „Est enim iste effectus pacti, ut modis omnibus observetur, etiamsi sit nudum pactum secundum canones. — quia inter simplicem loquelam etc. unde peccat mor-

---

1) S. 239, Tl. 33. 2) S. 335. Vgl. auch Anm. 1.

taliter veniens contra simplex verbum“ und die Glosse des Bürgermeisters Dr. Langenbeck zum Hamburger Stadtrecht von 1497 L. 2[1]) erklärt: „dormede schal nicht allenen werden begrepen hantloffte, den allerley handelinge de lude malckander verpflichtende, so de ende desses artikels medebringet, id sche myt worden, dorch handtscryffte, zegele vnde breve, edder myt sekerer bodeschop, effte in jeniger anderen wysze, dar une mach vth meten den willen der handeler; wente vth den worden wercken efftescryfften be wyszetme, den willen unde vulbordt der mynsken, dardorch se pflichtich vnde schuldich werden, welckent de meninge ys desses artikels.“ Beide Glossenstellen geben also denselben Gedanken wieder: Für das Gelöbnis ist formeller Abschluß nicht wesentliches Erfordernis, sondern es ist vielmehr vergleichbar dem römischen nudum pactum.

Diese beiden Glossenstellen haben jedoch keine Beweiskraft; denn sie stammen beide aus der Wende des 15. Jahrhunderts, die Ssp.-Stelle aus dem Jahre 1516, die Glosse zum Hamburger Stadtrecht aus ungefähr derselben Zeit. Also aus einer Zeit, in der sich die Wirkungen der fremden Rechte schon stark fühlbar machten. Infolgedessen ist anzunehmen, daß sie fremde Grundsätze in das heimische Recht hinein interpretieren. Diese Ansicht wird vor allem durch das Hinzufügen der Worte „secundum canones“ zur Gewißheit, denn sie zeigen gerade dieses Hinübergreifen auf das fremde Recht und den Versuch, das einheimische Recht mit Hilfe des fremden zu erklären oder sogar für das fremde Recht zuzustutzen. Aus diesem Grunde vermögen beide Stellen, so überzeugend sie auch auf den ersten Blick sein mögen, nicht, unsere Beweise zunichte zu machen.

Nach Widerlegung dieser scheinbar zwingenden Beweisstellen für die gegenteilige Ansicht ist die Auffassung des Gelöbnisses als eines Formalaktes wohl nicht mehr

---

[1]) Bei Lappenberg, Die ältesten Schiff-, Stadt- und Landrechte Hamburgs, Hamburg 1845.

anzufechten. Für unsere Hauptfrage ist dieser Nachweis das Wesentliche. Sein Gelingen berechtigt uns jetzt, den oben zitierten Stellen, in denen von loven die Rede ist, nämlich Ssp. I, 7 und den Varianten dieser Stelle, die Beweiskraft für die Existenz eines Konsensualkontraktes abzusprechen, vielmehr im Gegenteil aus ihnen eine Stütze für die herrschende Formenstrenge zu bilden.

§ 28.

c4) Das Gelöbnis als Fortbildung des Wadiationsvertrages.

In welchem Verhältnisse nun das Treugelöbnis zum Schuldvertrage steht, ist für uns eigentlich nicht von Bedeutung. Es genügt uns vollkommen zu wissen, daß es ein Formalakt ist. Jedoch herrschen über diese Frage so verschiedene Ansichten, daß wir genötigt sind, sie wenigstens kurz anzudeuten. Bereits oben haben wir nachgewiesen, daß das Gelöbnis sich wirklich als eine Abschwächung der alten Wadiation der Form nach darstellt (oben § 24). Und dies ist auch die herrschende Meinung und wird bestätigt durch die Tatsache, daß sich das Gelöbnis gerade bei der Bürgschaft und beim Urteilserfüllungsvertrage findet, den wesentlichsten Anwendungsgebieten für die alte Wadiation. Andere[1]) sehen jedoch in dem Gelöbnisse nur eine Vertragsbestärkung. Einzig steht jedoch die Meinung Lönings[2]) da, der das Gelöbnis als formloses Versprechen betrachtet, eine Auffassung, die schon oben (S. 69) als irrig abgelehnt worden ist.

Aber auch Puntscharts Ansicht[3]) ist nicht zu halten. Er glaubt, daß das Treugelöbnis eine Zutat zum Vertrage sei und hebt ausdrücklich hervor: „Der Schuldvertrag selbst ist es nicht.“ Er ist der Meinung, durch das Treugelöbnis werde nur die Haftung begründet bezw. bestärkt, die Schuld jedoch entstehe unabhängig vom Treugelöbnis

---

[1]) vgl. Vertreter dieser Ansicht bei Puntschart, Treugelöbnis S. 1—8. [2]) Puntschart, a. a. O. S. 8—10. [3]) a. a. O. S. 375.

stets durch den Schuldvertrag. Dem ist gegenüber zu halten: Es ist zwar möglich, daß die Schuld bereits entstanden ist und dann das Treugelöbnis nur haftungsbegründend wirkt, so wenn die Schuld durch ein formloses Versprechen entsteht. Dieses ist aber noch kein Schuldvertrag, sondern wird, da zum rechtlich verbindlichen Schuldvertrage begrifflich Schuld und Haftung gehören, erst durch das Treugelöbnis zum Schuldvertrage. Es ist aber auch möglich, daß das Treugelöbnis zu einem fertigen Schuldvertrage hinzutritt, in dem Schuld und Haftung vorhanden sind, z. B. zu einem Realvertrage. So bei der oben zit. Stelle aus dem Nürnberger Reichsabschiede von 1438[1]). Dann wirkt das Treugelöbnis nur haftungsbegründend, indem es zu der durch den Realvertrag schon begründeten Haftung noch die härtere Haftung bei Strafe der Ehr- und Rechtlosigkeit hinzufügt. Es ist aber drittens — und das ist die Regel — möglich, daß noch keine Schuld vorhanden ist und daß das Treugelöbnis Schuld und Haftung begründet, gleich der alten Wadiation oder fides facta. Dann ist das Treugelöbnis der Formalvertrag. Dafür, daß durch das Treugelöbnis Schuld und Haftung begründet wird, spricht z. B. Ssp. I, 7, III, 41 § 4 und vor allem das Sprichwort „lofte maket schuld", und wenn Puntschart[2]) Stellen anführt, in denen eine Schuld vor Ablösung des Treugelöbnisses schon vorhanden ist, so ist die Tatsache, daß Fälle vorkommen, in denen das Treugelöbnis zu einer schon bestehenden Schuld hinzutritt, kein zwingender Beweis dafür, daß dies ein ständiges und unumgänglich notwendiges Erfordernis des Treugelöbnisses ist. Durch die Sätze[3]): „Das Treugelöbnis ..... nimmt ihn (den Schuldvertrag) in sich auf. In ihm vereinigen sich die Wirkungen der Schuld und Haftung," spricht Puntschart aus, daß nach seiner Meinung das Treugelöbnis den Schuldvertrag in sich aufzunehmen bestimmt sei. Doch diese Auffassung ist nichts als ein

[1]) vgl. Puntschart, a. a. O. S. 403. Oben S. 64 und 65. [2]) insbes. § 21. [3]) S. 390.

Ausweg, den er gewählt hat, da er sah, daß im Gelöbnisse doch Schuld und Haftung enthalten seien, er aber trotzdem seine Lehre halten wollte. Aber das Gelöbnis tritt nicht nur „im praktischen Erfolge" einzig hervor, wie Puntschart meint, sondern das Treugelöbnis wird deshalb fast immer nur allein erwähnt, weil es in den weitaus meisten Fällen rechtlich alle Elemente des Schuldvertrages, d. h. Schuld und Haftung, begründet. Und infolgedessen ist das Treugelöbnis der Formalvertrag des deutschen Rechtes im Mittelalter und entspricht völlig der Wadiation oder fides facta des älteren deutschen Rechtes[1]).

§ 29.

bb) Die „bedächtliche Zusage".

Wir haben zwar oben gesehen, daß nur ein durch ordnungsmäßiges Gelöbnis abgelegtes Schuldversprechen rechtliche Verbindlichkeit und Klagbarkeit zur Folge hatte. Doch ist durch diese Tatsache noch nicht zwingend nachgewiesen, daß überhaupt nirgends und niemals ein formloser Schuldvertrag mit rechtlicher Gültigkeit ausgestattet war. Konnten doch auch Fälle existieren, in denen nur ein formloser Vertragsschluß gefordert wurde. Dies scheint ziemlich sicher bei der sogen. „bedächtlichen Zusage" der Fall zu sein, der wir bisweilen in den Quellen begegnen. Es ist daher nun unsere Aufgabe, Wesen und Charakter der bedächtlichen Zusage festzustellen.

Heusler[2]) hält die bedächtliche Zusage für einen Formalakt und erklärt sie als eine weitere Abschwächung des formellen Gelöbnisses. Während zur Gültigkeit des Gelöbnisses noch Handschlag erforderlich war, sei bei der bedächtlichen Zusage auch diese Formbeschränkung noch hinweggefallen. Sind aber alle Formbeschränkungen weggefallen, so ist es wohl kaum möglich, den Vertrag noch als Formalvertrag zu bezeichnen. Denn die Anwendung von Worten ist zwar auch eine Form, aber nur eine Form im weiteren Sinne. Als eigentliche Form, als

---

[1]) Ebenso: Heusler, a. a. O. Bd. II, S. 245. [2]) a. a. O. II, 249/250.

Form, wie sie das Wesen eines Formalvertrages erfordert, sind Worte, die sein können, wie sie wollen, auf keinen Fall anzusehen. Und wenn Heusler darauf hinweist, daß die constitutio des Kaisers Leo vom Jahre 472, durch die die Klagbarkeit auch auf die pacta nuda ausgedehnt wurde, an dem Bestande der verborum obligatio nicht gerüttelt habe, so ist dadurch noch nicht gesagt, daß die neugestaltete verborum obligatio ein Formalvertrag bleiben sollte. Die Ansicht Heuslers, „daß das bedächtlich, d. h. mit Verpflichtungsabsicht, in Treuen gegebene Wort, wenn auch kein bestimmt vorgeschriebenes", als vertragsbegründende Form aufgefaßt werden könne, eine Anschauung, die auch Hübner [1]) zu teilen scheint, ist durchaus unhaltbar. Dann gäbe es überhaupt keine Grenze zwischen Formal- und Konsensualvertrag; denn wenn man Form in dem allerweitesten Sinne nimmt, so muß jeder Vertrag Formalvertrag sein. Soweit kann und muß man wohl auch schließlich gehen, in der Anwendung von formelhaften Worten einen Formalvertrag zu erblicken. Da bei der bedächtlichen Zusage jedoch nicht der Gebrauch von feststehenden, formelhaften Worten gefordert, vielmehr ausdrücklich hervorgehoben wird, daß die Worte sein können, wie sie wollen, so ist es direkt ausgeschlossen, in der bedächtlichen Zusage noch einen Formalvertrag zu erblicken, falls man auch annehmen sollte, daß er aus einer Abschwächung des Gelöbnisses entstanden ist.

Aber auch diese Annahme ist unrichtig, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird. Während sich schon früher Bestrebungen, einem Versprechen durch bloße Worte, also eine Art bedächtlicher Zusage, rechtliche Gültigkeit beizulegen, zwar bemerkbar gemacht hatten, aber nicht zu rechtlicher Anerkennung durchgedrungen waren (vgl. oben S. 66 bis 68), tritt uns die bedächtliche Zusage zum ersten Male als durch Gesetz mit bindender Kraft ausgestattete Einrichtung in der Reformation des Freiburger Stadtrechtes von 1520 entgegen. Hier finden sich in Tl. II

[1]) Grundzüge des dtsch. Privatr., S. 483.

Titel VI § 8 unter der Überschrift die Sätze: „Wer bedächtlich zusagt, der sol es halten. Welcher dem anderen etwas mit bedachtlichkeit zusagt, es sig mit bloßen Worten oder mit anderen zusagungen, die wort syent wie sy wöllen So sol der ihen der zusagt hat, sin zusagen halten und mag mit Recht darzu gezwungen werden, dann es gepürt sich menschlicher erbarkeit, das man glouben halte, es wer dann das zusagen umb unerlich sachen.“ Daß durch diese Stelle dem formlos erklärten Willen rechtlich bindende Kraft beigelegt wurde, ist nicht zu bestreiten; denn die Begründung „dann es gepürt sich menschlicher erbarkeit, das man glouben halte“ schließt jeden Versuch aus, die Stelle von Versprechungen in einer, wenn auch abgeschwächten Stipulationsform zu verstehen[1]). Es fragt sich nur, ob diese Anerkennung der Gültigkeit des Konsensualvertrages eine Fortentwicklung des deutschen Rechtes bedeutet. Diese Frage ist zu verneinen. Zasius will zweifellos einen neuen Rechtssatz in das deutsche Recht einführen. Daß es ein neuer ist, daß er im Gegensatze zum deutschen Rechte steht, geht mit Sicherheit daraus hervor, daß ihn Zasius nicht auf das deutsche Recht zurückführt, sondern ihn selbständig begründet. Die Begründung kann aus dem Einleitungssatze zu Ulpians l. 1. D. de pactis entnommen sein. Sie klingt aber auch an Wendungen an, welche die Kanonisten zur Motivierung ihrer Lehre gebrauchten. Später wird auf die Stelle noch einmal zurückgekommen werden müssen. Soviel geht wohl aus diesen kurzen Bemerkungen aber schon hervor, daß der Satz des Freiburger Stadtrechts nicht der Ausdruck eines alten deutschen Rechtsgedankens, sondern eine Neubildung ist.

Von dem Freiburger Stadtrecht wurde jener Rechtssatz in das Württembergische Landrecht von 1567 II, 22 und die Solmser Gerichts- und Landesordnung von 1571 II, 17 § 1 übernommen, ist dann auch im Württembergischen Landrecht von 1600 Tl. II Tit. 23 zu finden, und in

---

1) Seuffert, Zur Gesch. d. obl. Vertr., Nördlingen 1881, S. 99.

der Basler Stadtgerichtsordnung von 1719 II, 23 Art. 419 hat er folgenden Ausdruck gefunden: „Welcher dem anderen mit bedächtlichen Worten oder sonsten etwas verspricht oder zusagt, der soll sein Versprechen halten oder auf des anderen Teils gebührlich Ansuchen und Klagen mit Recht dazu angehalten werden und soll hiemit der zwischen den pactis nudis und contractibus in dem römischen Rechte angeordnete Unterschied aufgehebt und den Vorkommnussen wie die gemacht werden, gehalten werden.“ Diese Fassung, die den Unterschied von contractus und pacta nuda ausdrücklich beseitigt, zeigt uns deutlich, daß in Deutschland auch ein ähnlicher Gegensatz wie in Rom geherrscht haben muß. Denn eine solche Aufhebung des Unterschiedes wäre nicht nötig gewesen, wenn in Deutschland Formlosigkeit geherrscht hätte, da man in diesem Falle sich einfach auf den in Deutschland geltenden Grundsatz hätte berufen können und lediglich hätte auszusprechen brauchen, daß es beim alten Rechte bleiben solle.

Die Darstellung der bedächtlichen Zusage hat somit zwar ergeben, daß sie als formloses Schuldversprechen aufgefaßt werden muß, andererseits ist es aber auch gelungen, sie als eine dem deutschen Rechte widersprechende Neubildung nachzuweisen. Deshalb kann sie nicht eine Handhabe für den Versuch bieten, den gemeinrechtlichen Grundsatz der Formlosigkeit von Schuldverträgen auf älteres deutsches Recht zurückzuführen.

§ 30.

cc) Gottespfennig und Weinkauf.

Wir haben bisher lediglich den Formalvertrag des deutschen Mittelalters behandelt, und dies ist ja auch leicht erklärlich, da der Formalvertrag dem Konsensualkontrakte viel näher steht als der Realvertrag, und es daher eher möglich ist, einen Formalvertrag irrtümlich für ein formloses Schuldversprechen aufzufassen als einen Realvertrag, der doch durch die Leistung, durch die Hingabe einer körperlichen res, abgeschlossen wird. Anderer-

seits ist aber zu bedenken, daß sich „der konsensuellste aller Verträge", der Kaufvertrag, in Deutschland als Realvertrag erwiesen hat, und daher ist die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, daß vielleicht im Mittelalter wenigstens der Kauf und die im deutschen Rechte gleich ihm behandelten Verträge sich allmählich zu reinen Konsensualverträgen entwickelt haben. Die Untersuchung dieser Frage muß uns nun beschäftigen.

Wir haben oben (§ 20) gesehen, daß der Kaufvertrag durch Vorleistung oder durch Hingabe einer arrha abgeschlossen wurde. Bei diesem Zustande ist es im wesentlichen auch im Mittelalter geblieben. Nur hat sich der Arrhalvertrag insofern weiter entwickelt, als uns in dieser Periode die arrha hauptsächlich als Gottespfennig oder Weinkauf, beim Verlöbnisse als Ring entgegentritt. Diese Gestalt hat die arrha deshalb angenommen, weil ihre Hingabe keine Zahlung war. Um dies nämlich kundzutun und um zu zeigen, daß der Empfänger der arrha durch ihre Hingabe noch nicht befriedigt war, kam die Sitte auf, daß der Empfänger sie entweder sofort zu frommen Zwecken verwendete oder sie sofort an Ort und Stelle in Wein oder Bier umsetzte und mit dem Gegenkontrahenten und den etwa zugezogenen Zeugen vertrank. So erhielt die arrha den Namen: Gottespfennig, Heiligergeistpfennig, Denarius Dei, Denarius sancti spiritus und andererseits: Weinkauf, Leitkauf, ervekop, bodevîn, mercipotus, Lobelbier u. a.

Daß der Gottespfennig und der Weinkauf wirklich nichts anderes sind als die alte arrha, geht z. B. aus folgenden Quellenstellen deutlich hervor. Statut der Bremer Schuhmachermeister von 1300[1]): „Item si duo eorum vel plures venerint ad mercandum rem aliquam nullus alium impediat in emendo, nisi aliquis arrhas, quae vocantur Godespennig, dederit super re emenda, qui dictum rem prae aliis obtinebit" und Privileg von Passau vom Jahre 1225[2]): „Quicumque rem aliquam emerit et in

[1]) Oelrichs: Vollständige Sammlung alter und neuer Gesetzbücher der Stadt Bremen, 1771. [2]) Monumenta boica XXVIII, 313.

ipsas arram que leichauf dicitur, tradiderit venditori, nec emptor nec venditor huius potest revocare contractum.“ Die Hingabe des Gottespfennigs ist es aber, die den Kaufvertrag zustande bringt. Sie tritt nicht zu einem schon fertigen Vertrage hinzu. Dies bestätigen die bei Siegel[1]) und Stobbe[2]) zit. Quellenstellen.

Eine kleine Abweichung, die aber nichts an dem Wesen des Gottespfennigs ändert, ist die Tatsache, daß in einzelnen Rechten der Vertrag nicht unmittelbar durch die Hingabe der arrha oder des Gottespfennigs perfekt wird, sondern erst wenn die Kontrahenten, ohne die arrha zurückzufordern, auseinander gegangen sind. So Lübisches Recht[3]) I, 72 (vgl. auch Bd. II, 117 und revidiertes Lübisches Recht III, 6. 6) und Friedrichstädter Stadtrecht[4]) II, 2 Tit. 8, Art. 6 u. 7. Noch weiter gehend: Rigische Statuten[5]) I, 17 § 1.

Dieselbe Bedeutung wie beim Kaufe der Gottespfennig hat der Ring bei der Verlobung.

Der Weinkauf und ebenso das Trinken des Lobelbiers hatten die Bedeutung, daß durch sie der Vertrag erst perfekt wurde. Vorher existierten nur unverbindliche Traktaten. Durch den Trunk, resp. das Mahl „wird konstatiert, daß die Verhandlungen zum Schlusse gekommen sind, daß volle Einigkeit hergestellt und das Geschäft abgeschlossen ist“[6]). Vgl. Augsburger Stadtrecht, Art. 125: „Swa einkauf geschiht, da der gotspheninch an geben wirt oder sust litkauf an getrunkken wird, der sol stäte sin“ und Steiermärkisches Landrecht 177: „Wann man chauft oder hingeiht, wann man leytchauf trinkcht oder gotphenig geit, so ist der chauf stet.“ Aus diesen Stellen ist zu folgern, daß der Kauf nicht fest ist, ein rechtlich bindender Kaufvertrag nicht vorliegt, wenn der Gottes-

---

[1]) Siegel: Versprechen, S. 29—31. [2]) Stobbe, Zeitschr. f. Rechtsgesch., Bd. 13, S. 226, 227. [3]) Hach, Das Alte Lübische Recht, Lübeck, 1839, S. 207, Nr. 4. [4]) Esmarch, Sammlung der Statuten, Verordnungen und Verfügungen, welche das Bürgerliche Recht Schleswigs betreffen, I S. 293. [5]) Napiersky, Die Quellen des Rigischen Stadtrechts bis zum Jahre 1671, Riga 1876. [6]) Stobbe, a. a. O. S. 232.

pfennig nicht gegeben oder der Weinkauf nicht getrunken ist.

Eine Weiterbildung ist es, daß der nasse Weinkauf durch den trockenen abgelöst wurde. Man gab jetzt den Zeugen eine kleine Gabe, ein Gedenkgeld, ein Trinkgeld, anstatt sie zu bewirten. Wenn aber nach manchen Quellen, z. B. nach Brünner Schöffenbuch cap. 322, die Kosten des Weinkaufs von beiden Kontrahenten zu tragen waren, so ist das zwar eine Abweichung von dem früheren Brauche, doch in dem wesentlichsten Punkte ist eine Änderung nicht eingetreten, insofern nämlich, als das Trinken des Weinkaufs immer noch das vertragsbegründende Moment geblieben ist.

Die durch einzelne Stammesrechte, insbesondere aber durch zahlreiche Stadtrechte geschaffene Einrichtung der Litkaufleute, auch demominati, iurati, Sworene genannt, hatte nur für die Beweisbarkeit der Verträge, nicht aber für ihren Abschluß Bedeutung. (Vgl. unten Seite 86/87.)

Zum Schlusse sei noch auf einen Umstand hingewiesen, der so recht zeigt, wie tief eingewurzelt die Anschauung war, daß mit dem Handgelde, dem Gottespfennig oder Weinkauf das Geschäft fertig geworden sei, nämlich auf die Tatsache, daß diese Sitte gelegentlich in der Poesie Verwendung gefunden hat, um dem Gedanken von der Unabwendbarkeit des Todes einen anschaulichen Ausdruck zu geben. So lehrt ein Gedicht von des Lebens Nichtigkeit[1]):

„Nit anders ist der welt lof
Wir hant sin truncken den winkoff
Der niemer mer wider gat
Und iemer me am end stat“

und in Sebastians Brands Narrenschiff[2]) heißt es:

„Der winkouff ist gedruncken schon
Wir mögen nit den kouff abston.
Die erste Stund die lest ouch bracht.“

[1]) In Lassbergs Liedersaal III, 374 v. 71 ff. [2]) In Zarnckes Ausg., S. 85 v. 17 ff.

Jedenfalls geht aber aus unseren Ausführungen über Gottespfennig und Weinkauf wohl mit Sicherheit hervor, daß erst durch ihre Hingabe, resp. ihr Vertrinken der Vertrag zustande kam, daß sie nicht zu einem schon fertigen Vertrage hinzukamen und somit auch sie zu einem Rechtszustande, in dem formlose Verträge Gültigkeit haben, in schroffstem Gegensatze stehen.

Erst in später Zeit brachte die neue Lehre von der Gültigkeit des formlosen Schuldvertrages es mit sich, daß auch Gottespfennig und Weinkauf ihre Bedeutung als vertragsbegründende Elemente verloren. Doch auch hierbei tritt wieder hervor, wie allgemein und festbegründet der Glaube war, daß nur ein durch Gottespfennig oder Weinkauf abgeschlossener Kauf rechtliche Wirkung habe, insofern nämlich, als ein positiver Rechtssatz erforderlich war, um dem Gottespfennig und Weinkauf ihre Bedeutung zu nehmen und dem formlosen Kaufvertrage rechtliche Anerkennung zu verschaffen. So sagt das Hamburger Stadtrecht von 1603 II, 8, 10: „Ein Kauff oder Verkauf kann in dieser guten Stadt auch wohl ohne Gottespfennig beständiglich getroffen werden; wann aber derselbe ergangen, ist der Kauf dadurch desto mehr bekräftiget."

II. Abschnitt.

Indirekte Beweise für die Richtigkeit der entwickelten Ansicht.

1) Bei Annahme von Formlosigkeit: die altdeutschen Formen — ein Luxus.

§ 31.

a) Verschiedene Erklärungsversuche.

Durch die dogmatische Darstellung des Rechtes der Schuldverträge, verbunden mit der kritischen Betrachtung der Gründe und Belege, die die Anhänger der Formlosigkeit im altdeutschen Rechte zur Stütze ihrer Ansicht

anführen, ist nunmehr überzeugend nachgewiesen, daß im altdeutschen Rechte dem formlosen Schuldvertrage keine Bedeutung beigelegt wurde. Durch diese Ausführungen ist deshalb die Ansicht der Gegner schon zu Falle gebracht. Es soll jedoch noch insbesondere durch die Untersuchung der Frage, welche Bedeutung die Anhänger der Formlosigkeit denn eigentlich den Formen, deren Existenz nicht zu bestreiten ist, beimessen, nachgewiesen werden, daß ihre Lehre zu unhaltbaren Konsequenzen führt und deshalb nicht der Wirklichkeit entsprechen kann.

Fast durchweg finden wir bei den Vertretern der Formlosigkeit die bestehenden Formen in zwei Hauptkategorien eingeteilt, in Bestärkungs- und Beweissicherungsmittel. Jedoch bestehen daneben noch einige untergeordnete Erklärungstheorien.

So behaupten manche[1]), die Formen seien da, um leichtsinnige Verträge zu verhüten. Dieser Behauptung ist jedoch entgegenzuhalten, daß ein solcher Zweck zwar in modernen Gesetzen hin und wieder einer bestimmten Vertragsform zugrunde liegen kann. Dem alten Rechte jedoch waren solche Erwägungen sicherlich fremd, und es wäre insbesondere eine widersinnige Annahme zu glauben, daß ein Recht wie das altdeutsche, das doch bekanntlich von jedem die Anwendung der größten Vorsicht verlangte (vgl. Sprichwörter wie „Augen auf, Kauf ist Kauf", „Wo Du Deinen Glauben gelassen hast, da mußt Du ihn wieder suchen" u. a.), ein so ausgebildetes Vertragssystem ganz oder auch nur zum Teil darum geschaffen hätte, um leichtsinnige Verträge zu verhüten

Andererseits aber kann sich die Bedeutung der Form auch nicht in der Bestimmung erschöpfen, die Perfektion des Vertrages zu konstatieren[2]). Der Handschlag, das Geben des Handgeldes, schriftliche Abfassung mögen ja

[1]) Schmid, Der prinzipielle Unterschied zwischen dem röm. und germ. Rechte, Bd. I, 1853, S. 252, Gengler, Das dtsche. Privatr., IV. Aufl., 1892, S. 388. [2]) Schmid, a. a. O. S. 252, Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgesch., Bd. I, Göttingen 1843, § 68a. E., Siegel, Ger.-Verfahren, S. 39, Beseler, Erbvertr. II, 1, S. 45/46.

den Augenblick des Vertragsschlusses scharf bezeichnen und dies mag auch gewisse, nicht zu unterschätzende Vorteile mit sich bringen[1]), aber diese sind nicht so erheblich, um ein so umfangreiches Kontraktssystem hervorzurufen.

Nur bei einer verschwindend kleinen Anzahl von Verträgen kommt jedoch ein Interesse Dritter in Frage, das die Öffentlichkeit des Vertragsschlusses wünschenswert erscheinen ließe.

Auf diese Art und Weise und durch diese Bestimmung kann mithin der deutsche Formenreichtum nicht erklärt werden. Es steht uns nunmehr die Untersuchung der Frage bevor, ob der deutsche Formenschatz seinen Zweck in der Bestärkung der Verträge und in der Begründung und Erhöhung ihrer Beweisbarkeit gehabt hat.

§ 32.

b) Die Formen als Bestärkungsmittel.

„Die durch das Streben nach potenzierter Sicherheit" des Vertragsrechtes — richtiger wohl nach möglichster Korrigierung der Rechtsunsicherheit — in das Rechtsleben eingeführten Übungen charakterisieren sich, wenn sie im Sinne der meisten Schriftsteller als Feierlichkeiten, Bekräftigungszeichen, Bestärkungsmittel gefaßt werden, bei genauerem Zusehen durchweg als reine Pleonasmen"[2]). Wenn der Konsens an sich rechtlich bindend ist, so sind sie in der Tat vollkommen überflüssig. Der Versuch, sie als Bestärkungsmittel zu erklären, ist nichts als eine leere Ausflucht, so daß Brunner[3]) mit Recht von einem bloßen „Bestärkungsluxus" spricht. Und zu einem so überflüssigen Zwecke sollte sich ein solcher Formenreichtum ausgebildet haben! Das ist undenkbar. Und wie der Handschlag und ähnliche Formalitäten den Vertrag bestärken sollen, kann man sich überhaupt nicht vorstellen. Auch Eid und überhaupt alle Formen, die sich an das

[1]) vgl. Beseler, a. a. O. [2]) Franken, Franz. Pfandr., S. 211.
[3]) Brunner, Arch. f. d. ges. HR., Bd. 22, S. 533.

Gewissen der Parteien richten[1]), kann man unmöglich als Bestärkung des Vertrages auffassen. Denn der Appell an das Gewissen ist keine rechtliche Bestärkung. Sind doch Gewissen und Rechtspflicht etwas ganz Verschiedenes. Auch vermag eine derartige Auslegung gerade die wichtigsten Formen, z. B. die wadia, nicht zu erklären, da sie ja ihrer Natur nach nicht die Bestimmung und Fähigkeit haben kann, einen späteren Treubruch, d. h. ein Ableugnen des Versprechens, unmöglich zu machen[2]). Und es ist Franken[3]) vollständig beizustimmen, wenn er darauf hinweist, daß „Worte, Symbole, Solennitäten und andere rein formale oder juristische Vorsichtsmaßregeln, werden sie auch noch so zahlreich aufeinander gehäuft, wenn überhaupt einmal Zweifel an der Rechtssicherheit, d. h. am Willen und an der Kraft der Exekutivgewalt bestehen, vollkommen unfähig sind, den Verkehr in dieser Hinsicht zu beruhigen".

Wenn die öffentliche Gewalt die Erfüllung einer consensu eingegangenen Verpflichtung zu erzwingen nicht vermag, warum sollte sie denn eher bei einer feierlich oder symbolisch eingegangenen Verbindlichkeit dazu imstande sein?

In theoretischer und praktischer Hinsicht sind diese Bestärkungsmittel also wirklich nichts als reine Pleonasmen.

Als Bestärkung kann man nur diejenigen Mittel bezeichnen, die die Folgen des Vertragsbruches erschweren. Solche Funktionen haben das Treugelöbnis, das zu einem schon fertigen Vertrage, z. B. Realvertrage hinzutritt, und die Verabredungen von Nachteilen, welche die Person oder das Vermögen des Schuldners für den Fall der Nichterfüllung des Vertrages treffen sollen. Das Treugelöbnis kommt aber hier nur in Betracht, wenn es zu einem fertigen Vertrage hinzutritt, indem da nämlich zu den einfachen Folgen des Vertragsbruches noch die

---

1) Stobbe, Deutsch. Vertragsr. 1855, S. 25. 2) Heusler, a. a. O. Bd. II, S. 227. 3) Franken, a. a. O., S. 212.

schwere Strafe der Ehr- und Rechtlosigkeit hinzutritt. Hier wird also wirklich die Haftung verstärkt, es wird aber nicht die Haftung z. B. aus dem Realvertrage zu einer schwereren, sondern anstatt aus diesem wird jetzt aus dem Formalvertrage des Gelöbnisses gehaftet, es liegt also gleichsam eine Novation vor. (Vergleiche ob. S. 64 und 65.)

Die Verabredung von Nachteilen jedoch stellt sich als ein bedingter zweiter Vertrag dar, der im Falle der Nichterfüllung des ersten wirksam sein soll. Mithin ist die Bezeichnung der Formen als Bestärkungsmittel nicht zu halten. Als solche wären sie etwas ganz Unnötiges und zögen keine rechtlichen Folgen nach sich, da sie die nach jener Lehre schon durch den Konsens begründete Haftung nicht zu erhöhen vermögen und sich höchstens an das Gewissen der Parteien richten können.

§ 33.

c) Die Formen als Beweissicherungsmittel.

Was ihre Bedeutung als Mittel zur Begründung bezw. Erhöhung der Beweisbarkeit anbetrifft, so muß ohne weiteres zugegeben werden, daß gewisse Formen diese Wirkung haben können und im altdeutschen Rechte auch gehabt haben. Hierher gehört insbesondere die Gerichtlichkeit des Vertragsschlusses. Nur der gerichtlich abgeschlossene Vertrag ist nach dem Sachsenspiegel mit voller Beweiskraft ausgestattet. Gegen einen gerichtlich abgeschlossenen Vertrag ist der Reinigungseid des Schuldners ausgeschlossen. Überhaupt hat der gerichtliche Vertrag alle die Folgen, die die gerichtliche Wadiation gehabt hatte, z. B. sofortige Zwangsvollstreckungsbefugnis[1]). Diese lediglich beweisrechtliche Tatsache spricht die oben oft zit. Ssp.-Stelle I, 7 aus, nicht im geringsten aber das Prinzip der Klagbarkeit des formlos geschlossenen Vertrages.

Ebenso hatte eine beweisrechtlich ausgezeichnete Wirkung das in den Städten vor Stadtrat, Schöffen oder

[1]) Hinschius, bei Holtzendorff, 5. Aufl., S. 278.

eigens dazu bestimmten Personen, den denominati, abgelegte Schuldversprechen. Vgl. das Privileg von Lechenich [1]). Insbesondere lehrreich ist über diese Frage das Wiener Stadtrecht. Vgl. das Privileg von 1221 (Gengler), Stadtrecht von 1340 (Rauch Rer. Aust. Script. vol. III, pag. 48/49). Vgl. auch die anderen bei Stobbe, Vertragsrecht. S. 20—25 zit. Stellen aus anderen Stadtrechten.

Auch in der Öffentlichkeit des Vertragsschlusses lag, im Gegensatz zu gewissen Instituten des nordischen Rechtes, lediglich ein für die Beweisbarkeit wichtiges, nicht aber für die Gültigkeit wesentliches Formerfordernis.

Wenn aber manche Formen auch nur diese eingeschränkte Bedeutung hatten, so ist doch der Zweck anderer Formen ein wesentlich wichtigerer. Sie haben nämlich die Bestimmung, den Vertrag abzuschließen. Die Formen, die hier besprochen sind, kommen für den Abschluß eines Vertrages überhaupt nicht in Betracht; es sind ganz andere als jene, die wir als Formen der rechtlich wirksamen Schuldverträge kennen gelernt haben. Es ist nun zu prüfen, ob es möglich ist, auch letztere nur als Mittel der Beweissicherung zu erklären.

Diese Auslegung ist schon deshalb vollständig ausgeschlossen, weil durch Formen wie Übergabe eines Halmes, eines Pfennigs usw. höchstens eine schärfere Fixierung des Beweisthemas gewonnen wird [2]). Ihre Anwendung kann jedoch keine Vereinfachung und Sicherung des Beweises zur Folge haben, da solche Formen wie die eben bezeichneten direkt unfähig sind, als Beweismittel zu dienen. Dazu sind lediglich Schrift und obrigkeitliches wie privates Zeugnis imstande, wie wir oben gesehen haben, Formen, die uns aber nicht als Mittel des Vertragsschlusses entgegentreten. Außerdem hätte „der in engen lokalen und materiellen Grenzen rollende Verkehr der ältesten Zeit kaum besonders für Beweisbarkeit zu sorgen und auch sofort eine so reiche Fülle von Formen zu diesem Zwecke auszubilden notwendig gehabt“ [3]).

[1]) Grimm, Weistümer, II. S. 735. [2]) Franken, a. a. O. S. 212. [3]) Franken, a. a. O. S. 212.

Aus diesen Ausführungen geht mit Bestimmtheit hervor, daß die Formen, auf die Weise, wie die Anhänger der Formlosigkeit es versuchen, nicht zu erklären sind, da ihre Auffassung der Formen deren Bedeutung nicht gerecht wird. Denn in ihnen liegt ein tieferer Sinn, und wenn sie nicht das vertragschließende Element darstellen sollten, so würden uns gerade die Formen, die sich uns als die wichtigsten und bedeutsamsten für das deutsche Vertragsrecht erwiesen haben, wie z. B. die wadia, als völlig überflüssig und entbehrlich darstellen, als ein „Luxus", wie Brunner[1]) sagt. Da aber andererseits nicht unnütze Formen und zwar gerade solche, die überall angewendet werden, wie die wadia, vom Rechte geschaffen sein können, und da im Rechte jedem äußeren Zeichen eine tiefere Bedeutung innewohnt, so muß die versuchte Erklärung falsch sein, und man muß sich umsomehr und mit größerer Entschiedenheit der oben quellenmäßig entwickelten Ansicht zuwenden, daß in Deutschland bis zum Ende des Mittelalters der Konsensualvertrag keine rechtliche Gültigkeit hatte, wenn man sieht, daß die entgegengesetzte Lehre zu unrichtigen und unhaltbaren Konsequenzen führt.

Somit wird die Richtigkeit unserer obigen Ausführungen auch durch diesen indirekten Beweis bestätigt.

---

2) Nachweis von kanonistisch-naturrechtlichen Doktrinen als Grund für die Entstehung des Grundsatzes der Formlosigkeit.

§ 34.

a) Ablehnung verschiedener Erklärungstheorien.

Die bisherigen Beweise genügten eigentlich vollkommen, um die Richtigkeit unserer Ansicht darzutun, jedoch soll hier noch kurz ein anderer Weg angedeutet werden, der auch die Richtigkeit der in dieser Abhandlung verfochtenen Ansicht mit zwingender Sicherheit nachzuweisen vermag. Es soll nämlich versucht werden,

[1]) Brunner a. a. O.

den Weg zu zeigen und die einzelnen Momente aufzudecken, die zur Entstehung des Grundsatzes der Formlosigkeit geführt haben. Gelingt es uns, diese Frage mit Sicherheit zu beantworten, so ist damit zugleich die Unrichtigkeit aller anderen Hypothesen über die Herkunft der Rechtsnorm dargetan. Da diese Untersuchung jedoch ebenso wie die Betrachtung über die Formen nur sekundäre Bedeutung hat und es auch zu weit führen und außerhalb des Rahmens dieser Arbeit liegen würde, diesen Nachweis bis ins einzelne zu führen, so soll der Weg, auf dem das Prinzip der Klagbarkeit aller Verträge in das gemeine Recht gelangt ist, nur soweit angedeutet werden, als erforderlich ist, um uns von seiner Richtigkeit im allgemeinen zu überzeugen.

Man hat die verschiedensten Theorien aufgestellt, um die Herkunft des Satzes zu erklären. So hat man behauptet, die Einführung der Formlosigkeit sei als eine Beseitigung einer dem römischen Rechte eigentümlichen Schranke der natürlichen Dispositionsfreiheit der Rechtssubjekte aufzufassen. Dieser Ansicht ist jedoch entgegenzuhalten, daß die Entstehung des Grundsatzes nicht als Beseitigung einer Schranke, sondern als Hinzufügung eines neuen Entstehungsgrundes für Schuldverträge anzusehen ist.

Aus ähnlichen Beweggründen ist die Puchta-v. Savignysche Theorie [1]) nicht zu halten. Sie führt den Grundsatz auf ein deutsches Gewohnheitsrecht zurück, das sich nach der Rezeption in Deutschland gebildet haben soll. Man hätte den Grundsatz der Stipulation ohne die eigentümliche Form derselben, die mündliche Frage und Antwort, erhalten, und durch die von selbst eintretende Abstraktion hätte sich die Stipulation unvermerkt in den Grundsatz: „Jeder formlose Vertrag ist klagbar“ verwandelt. Das deutsche Gewohnheitsrecht soll zu dieser Entwicklung lediglich negativ mitgewirkt haben. Durch bloße Nicht-

---

1) Puchta, Pandekten und Vorles. § 50; v. Savigny, Obligationenr. II § 77, S. 239 ff.

anwendung der Stipulationsform mußte aber nicht mit Rechtsnotwendigkeit sich der Grundsatz der rechtlichen Verbindlichkeit der formlos geschlossenen Verträge herausbilden. Denn dem Mangel an den Vertragsarten, der durch den Wegfall der Stipulation entstanden war, hätte ebensogut durch die Bildung neuer Formen abgeholfen werden können.

Die v. Eichhornsche Theorie[1]) aber, die zu erklären versucht, warum infolge der Nichtanwendung der Stipulation sich gerade das Prinzip der Gültigkeit der formlos geschlossenen Verträge durchsetzen mußte, ist deshalb unhaltbar, weil Eichhorn behauptet, die Lücke, die durch den Wegfall der Stipulation entstanden ist, sei durch Zurückgreifen auf das bereits in Vergessenheit geratene altgermanische Recht ausgefüllt worden. Soll diese Ansicht aber gehalten werden können, so muß bewiesen werden, daß dieser Grundsatz im altdeutschen Rechte bestanden hat. Dieser Nachweis ist jedoch nicht zu führen.

Auch noch andere Theorien sind aufgestellt worden. Doch die Unrichtigkeit aller dieser Erklärungsversuche wird insgesamt dadurch nachgewiesen, daß uns der richtige Weg gezeigt wird. Und das Verdienst, uns diesen mit überzeugender Sicherheit und durch zweifellose Quellenbelege gewiesen zu haben, gebührt Seuffert[2]), wenn auch vor ihm schon einige Schriftsteller bei ihren Erklärungsversuchen der Quelle des Grundsatzes nahe gekommen sind. Es würde genügen, einfach auf sein Werk zu verweisen. Jedoch soll, um die Frage in der vorliegenden Untersuchung nach allen Richtungen wenigstens angedeutet zu haben, mit kurzen Worten sein Standpunkt klargelegt werden.

---

[1]) Deutsche Staats- u. Rechtsgesch., Göttingen, 1843, Bd. III, § 457.
[2]) Zur Geschichte der obligat. Vertr., Nördlingen 1881.

b) Der richtige Weg.

§ 35.

aa) Der Einfluß des kanonischen Rechtes auf die Bildung des Prinzipes in Ital.

Seuffert sucht und findet den Ursprung des Satzes zwar im kanonischen Rechte, aber nicht, wie manche in den bekannten Stellen cap. I u. cap. 3 X de pactis I, 35, da in den beiden capitula nicht die Absicht zu entdecken ist, eine Änderung am römischen Rechte vorzunehmen, in ihnen auch gar nichts von der Einräumung eines Klagerechtes aus einem Vertrage gesagt ist und vor allen Dingen, weil die Stellen ja überhaupt nicht von Privatrechtsverhältnissen, sondern von einem öffentlichrechtlichen, staatskirchenrechtlichen Vergleiche über Diözesangrenzen handeln.

„Der Rechtssatz von der Klagbarkeit der formlosen Verträge wandert von Süden nach Norden“[1]). Und zwar kommt er aus Italien.

Im römischen Rechte findet sich noch zur Zeit Justinians der Grundsatz des Formalismus. Aus einem formlosen Vertrage entsteht keine Obligation. Doch haben sich allmählich Durchbrechungen und Abschwächungen des Prinzipes bemerkbar gemacht. Zu letzteren gehört die bekannte Konstitution des Kaisers Leo vom Jahre 472, die an Stelle der vorgeschriebenen Stipulationsformeln und deren Übersetzungen auch beliebige andere Redewendungen als verpflichtend zulies. In Italien zeigt sich dann, daß die Glossatoren an dem Grundsatze, daß der formlose Vertrag eine klagbare Verbindlichkeit nicht erzeugt, unerschütterlich festhielten. Die Glosse faßte nämlich das eben erwähnte Gesetz des Kaisers Leo nicht so weit, als es vorher geschehen war[2]). Während sich die verba directa nur auf die Form von Frage und Antwort beziehen konnten, faßt die Glosse das Gesetz nur so auf, daß die Wiederholung desselben

---

[1]) Seuffert, a. a. O. S. 166. [2]) Beseler, Erbvertr. II, 1, S. 37/38.

Wortes, welches in der Frage vorgekommen ist, in der Antwort nicht mehr für wesentlich gelten sollte. Mithin scheidet die Möglichkeit, das römische Recht als Quelle des Rechtssatzes anzusehen, völlig aus. Es wird sich vielmehr sogar zeigen, daß es gerade der entschiedenste Gegner der neuen Entwicklung gewesen ist.

Der Ursprung des Rechtssatzes ist, wie oben bereits angedeutet, im kanonischen Rechte zu suchen.

Nach kirchlicher Auffassung ist das Nichthalten eines gegebenen Versprechens Lüge (mendacium) und daher Sünde. Begründet durch die bekannten Bibelstellen Matthäus V, 34 und Jacobusbrief V, 12, in denen die einfache Rede dem Eidschwur gleichgestellt ist, findet sich diese Anschauung schon bei den Kirchenvätern, (vgl. Johannes Cassianus v. Massilia, Collatio XVII cap. 5, 8, 10, 14 bes. cap. 15; Augustinus in dem 133. Sermo de verbis Evangelii Joannis VII und in De mendacio cap. 20 [„fides enim appellata est in latina lingua ex eo quod fit quod dicitur"]), vor allem aber bei Thomas von Aquino (1224—1274) („Summa theologica." Secunda secundae Qu. CX art. 3 N. 5 u. 6.) Letzterer hebt jedoch in Qu. 88 art. 3 ausdrücklich hervor, daß im Gegensatze zu der moralischen Verpflichtung aus dem einfachen Versprechen eine Rechtsverbindlichkeit nicht entsteht: „Sed promissio simplex homini facta non obligat ad observandum, secundum institutionem legis humanae, quod esse videtur institutum propter mutabilitatem humanae voluntatis."

Doch glaubte die Kirche, da sie Rechtspflicht und Moralpflicht identifizierte, auch auf die Erfüllung eines formlos gegebenen Versprechens hinwirken zu müssen. Die Möglichkeit dazu bot ihr die kirchliche Disziplinargewalt und die Handhabung des Bußsakramentes, und so ergab sich „nicht aus den Stellen der kanonischen Rechtsbücher, sondern aus deren auf moraltheologischer Anschauung ruhenden Interpretation . . . die kanonische Lehre von der Verbindlichkeit aller Verträge und die Möglichkeit, vor dem geistlichen Strafgerichte im Wege des Dennunziationsverfahrens denjenigen wegen Vertrags-

bruches anzuklagen, welcher ein gegebenes Versprechen nicht erfüllte“[1]).

Der weitere Schritt der Entwicklung war die Übertragung dieser Lehre auf das Gebiet geistlicher Zivilgerichtsbarkeit. Jedoch machte sich sofort eine tiefgehende Meinungsverschiedenheit laut, ob es zulässig sei, entgegen dem römischen Rechte die Erfüllung des formlos gegebenen Versprechens im Zivilrechtswege zu erzwingen, und zu einer Einigung unter den Kanonisten ist es über diesen Punkt nicht gekommen. (Vgl. die Dekretalenkommentare des Abbas Panormitanus (Nicolaus de Tudeschis gest. 1443), des Felinus Sandeus (1444—1503) und insbesondere des Spaniers Gonzalez Tellez (Mitte des 16. Jahrhunderts) bei der Stelle cap. 1. X de pactis 1, 35.)

Im Gegensatze zu der kanonischen Lehre steht die italienische Jurisprudenz des 14. Jahrhunderts noch auf dem Standpunkte des römischen Rechtes. Noch nirgends ist ein Anzeichen davon vorhanden, daß das kanonische Recht abändernd auf das römische eingewirkt hätte. Dagegen entsteht die Lehre von der Klagbarkeit formloser Verträge unter Kaufleuten. Im 15. Jahrhundert gelangt man dann zur Klagbarkeit des pactum geminatum. Man nahm an, daß durch die Wiederholung eines formlosen Vertrages die Klagbarkeit entstehe, indem man in dem zweiten pactum ein constitutum erblickte, welches der bereits vorhandenen naturalis obligatio des ersten pactum die Klagbarkeit verleihe (vgl. die Schriften des Alexander Tartagnus [Imolensis] gest. 1477).

Jedoch erst gegen Ende des 15. Jahrhunderts taucht bei einigen Schriftstellern der Gedanke auf, daß das kanonische Recht auch vor den weltlichen Gerichten außerhalb des Kirchenstaates unter Laien anzuwenden sei. Das erste Mal finden wir diese Ansicht vertreten bei Paulus Picus in seinem Codexkommentar zu 1. 10 des Titels de pactis (2, 3) § 5. Vergleiche auch Marianus Socinus der Jüngere in seinen Consilien (I. Tl. Cons. LVI).

1) Seuffert, a. a. O. S. 51.

Von nun an schreitet man auf dem einmal betretenen Wege langsam, aber sicher weiter, und so gelangte man in allmählicher Entwicklung zur Anerkennung formloser Verträge auch vor den weltlichen Gerichten.

§ 36.

bb) Die Entstehung des Grundsatzes in Deutschland als naturalis ratio.

Erst nach diesen Betrachtungen über die Rechtsentwicklung in Italien ist es möglich, eine Untersuchung darüber anzustellen, wie die zivilistische Lehre einerseits, die kanonistische andererseits auf die deutsche Jurisprudenz eingewirkt haben.

Während der Klagspiegel noch völlig auf dem Standpunkte der römischen Lehre steht und aus Ulrich Tenglers Laienspiegel nicht ersichtlich ist, welche Stellung er in dieser Frage einnimmt, findet sich das Prinzip der Klagbarkeit formloser Verträge das erste Mal im Freiburger Stadtrechte vor 1520 ausgesprochen. Wir haben schon oben[1]) darauf hingedeutet, daß zwar die Begründung des Satzes: „dann es gepürt sich menschlicher erbarkeit das man glouben halte“ an Wendungen anklinge, die sich in kanonistischen Schriften zum Beweise dieses Grundsatzes finden, doch stellt Zasius diesen Satz nicht auf, weil er etwa an ein Übergewicht des kanonischen Rechtes über das römische Recht glaubt. Nein, er ist der Ansicht, daß dieser Satz der naturalis ratio vollkommen entspreche, und da er seine Meinung durch die Auffassung des kanonischen Rechtes bestätigt findet, scheut er sich nicht, den Satz als ein zwar neues, aber mit der naturalis ratio ja vollkommen übereinstimmendes Prinzip als Rechtssatz aufzustellen[2]).

Von jetzt an findet sich derselbe Standpunkt immer häufiger (vgl. oben S. 77 und 78).

Die Entwicklung wird auch dadurch begünstigt, daß man den durch Urkundenbegebung vollzogenen Formal-

[1]) vergl. oben S. 76 und 77. [2]) vgl. des Näheren Seuffert, a. a. O. S. 99/100.

vertrag mißverstand und die Urkunde stets als bloßes Beweismittel betrachtete[1]).

Zwar wird die neue Lehre von der französischen Schule bekämpft, da das Festhalten am römischen Rechte ja ihrem prinzipiellen Standpunkte vollständig entsprach. Jedoch war ihr Ankämpfen vergebens. Bereits ihre eigenen Schüler, z. B. Carl Molinaeus (1500—1566), treten für die Klagbarkeit der formlosen Verträge ein und glauben, daß das kanonische Recht diesen Grundsatz in Deutschland eingeführt habe. Jedoch wird die herrschende Meinungsverschiedenheit nicht überwunden. Im 17. Jahrhundert wird die Klagbarkeit aller obligatorischen Verträge zwar zur herrschenden Lehre, begünstigt und gefördert durch die Doktrinen der naturrechtlichen Schule; aber trotzdem finden sich noch immer Anhänger der gegenteiligen Ansicht.

In dieser Periode wird auch das erste Mal der Grundsatz aus dem altgermanischen Rechte hergeleitet, angeregt von Benedikt Carpzow (1595—1666), der sich zuerst auf den Ssp. berief (in Definitiones forenses. Pars II Const. 19 Dec. 17 No. 8).

Im 18. Jahrhundert ist die Klagbarkeit unbestritten und wird teils, und zwar in der Regel auf das altgermanische, teils auf das kanonische Recht zurückgeführt[2]).

Allmählich geht die Lehre auch in viele Partikularrechte über, und zwar stimmt der Entwicklungsgang der Partikularrechte in der Hauptsache mit dem in der Literatur des gemeinen Rechtes gewonnenen Bilde überein.

Dies ist in kurzen Worten das Resultat, zu dem Seuffert gekommen ist. Seine Beweisführung, die durch Quellenstellen in großer Menge gestützt ist, muß uns davon überzeugen, daß der Grundsatz der Verbindlichkeit aller obligatorischen Verträge in Deutschland erst längere

---

[1]) Hübner, Grundz. d. dtsch. Privatr., S. 485/86, Brunner, Rechtsgesch. d. Urk., S. 66. [2]) Vertreter beider Ansichten s. bei Seuffert, a. a. O. S. 138—140.

Zeit nach der Rezeption unter Einfluß kanonistischer Anschauungen als naturalis ratio entstanden ist und zwar als eine neue Rechtsnorm in Deutschland eingeführt wurde.

Durch diese Ausführungen ist mithin auch ein indirekter Beweis dafür gegeben, daß der gemeinrechtliche Grundsatz der Formlosigkeit von Schuldverträgen sich auf älteres Deutsches Recht nicht zurückführen läßt. Nach dem Gelingen dieser indirekten sowie vor allem des direkten Beweises kann wohl nicht mehr daran gezweifelt werden, daß jeder derartige Versuch unmöglich ist und mißlingen muß.

Somit erscheint unsere Aufgabe gelöst, und wir sind am Schlusse unserer Betrachtungen angelangt.

Schluss.

§ 37.

Allgemeine Betrachtung über Formalismus und Formlosigkeit.

Nachdem wir diese langsame Entwicklung von dem strengsten Formalismus bis zur schrankenlosesten Formlosigkeit, wie sie uns im gemeinen Rechte entgegentritt und die in dem Grundsatze der Klagbarkeit aller obligatorischen Verträge gipfelt, verfolgt haben, da drängt sich uns die Frage auf, welchem Zustande wohl der Vorzug zu geben ist. Und mit dieser allgemeinen Betrachtung wollen wir die Arbeit schließen.

„Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Schwester der Freiheit," sagt Ihering[1]) und nennt die Formen „das Paladium der Freiheit" eines Volkes. Er weist darauf hin, daß in Rom die Blütezeit der Freiheit zugleich die Periode der peinlichsten Strenge in der Form

[1]) Ihering, Geist des röm. R., 4. Aufl., zweiter Tl., I. Abt., Leipzig 1880, S. 470 ff.

ist und daß dem allmählichen Verfalle der Freiheit ein Nachlassen in der Formenstrenge entspricht.

Wenn somit Ihering der Formenstrenge einen so hohen Wert beilegt und sie als eines der höchsten Güter eines Volkes betrachtet, wir andererseits aber sehen, daß die Entwicklung langsam aber stetig zu immer größerer Einschränkung des Formalismus gedrängt hat, so kann es nicht der sich immer weiter ausdehnende Glaube an die Kraft des menschlichen Willens, aus sich heraus subjektive Rechte zu erzeugen, allein gewesen sein, der diese Entwicklung veranlaßt und gefördert hat, sondern man muß auch allmählich das Bewußtsein, in ihnen ein hohes Gut zu besitzen, verloren haben.

Es ist nicht zu verkennen, daß der Formalismus zu jeder Zeit und überall wichtige Vorteile zur Folge gehabt hat. Ihering teilt sie in allgemeine und besondere Vorteile ein. Jede Form dient „als Stempel des fertigen juristischen Willens", jede Form tritt uns „als Wecker des juristischen Bewußtseins" und somit der besonnenen Überlegung entgegen. Die schriftliche Form sichert die Beweisbarkeit. Öffentlicher Abschluß der Verträge liegt im Interesse Dritter.

Andererseits aber macht sich der Formenzwang auch als eine drückende Last bemerkbar. Denn die Formenstrenge hat nämlich zwei Eigenschaften, die als schwere Nachteile empfunden werden: ihre Gefährlichkeit, insofern als das geringste Versehen gegen die Form das ganze Rechtsgeschäft nichtig macht, und nicht minder ihre Unbequemlichkeit.

Aber wie stets im Leben findet ein jeder das ihm Lästige und Unangenehme sofort und ohne jede Schwierigkeit heraus, das Wohltätige, der hohe Wert der Form, der nur negativer Natur ist, nämlich in der Abwendung von Übeln besteht, tritt nicht einem jeden sofort in die Augen. Dazu ist schon ein juristischer Scharfblick erforderlich.

So ist es zu erklären, daß sich stets das Bestreben bemerkbar gemacht hat, das Prinzip des Formalismus zu

durchbrechen, und die fortgesetzten Bemühungen sind auch nicht ohne Erfolg geblieben. In den verschiedenen Zeiten und bei verschiedenen Völkern sind bald die Vorteile, bald die Nachteile der Form stärker empfunden worden. Und je nach der Auffassung dieses Verhältnisses der Vorteile und Nachteile zueinander wird in den verschiedenen Zeiten die Frage, ob der Formalismus oder die Formlosigkeit als der idealste Zustand anzusehen sei, verschieden beantwortet.

Jedenfalls das eine ist und bleibt sicher: Es ist nicht nur unmöglich, sondern direkt falsch und ein unverzeihlicher Irrtum, wenn man versucht, die Frage für alle Rechtsgeschäfte in gleicher Weise zu beantworten. Dabei übersieht man, daß die Bilanz zwischen den Vorteilen und Nachteilen des Formalismus nach Verschiedenheit der Rechtsinstitute variiert[1]); eine Form, die für das eine Institut höchst angemessen ist, würde für das andere möglicherweise unerträglich sein. Bei manchen Instituten jedoch ist eine Form sogar ein fast unumgänglich notwendiges Erfordernis, so z. B. bei den letztwilligen Verfügungen.

Mithin kann der strengste Formalismus ebensowenig als die schrankenlose Formlosigkeit als der der Natur und Vernunft am meisten entsprechende Zustand bezeichnet werden, sondern die Frage muß sowohl „nach der Verschiedenheit der Rechtsinstitute", als auch „nach Verschiedenheit der gegebenen historischen Prämissen" verschieden beurteilt werden.

Da man gar bald erkannt hat, daß der gemeinrechtliche Grundsatz der Formlosigkeit von Schuldverträgen sich nicht als die höchste und idealste Entwicklungsstufe darstellt, haben sich beizeiten Bestrebungen bemerkbar gemacht, die Formlosigkeit zugunsten des Formalismus einzuengen, und partikularrechtlich hat sich eine große Anzahl deutschrechtlicher Formen überhaupt erhalten. Schon

---

[1]) a. a. O. S. 503.

früh haben Justus Möser[1]), Joh. Aug. Ludw. Seidenstücker[2]) und Ludwig von der Pfordten[3]) auf die Unzuträglichkeiten hingewiesen, welche sich aus dem Prinzipe der Verbindlichkeit formloser Verträge für den Rechtsverkehr ergeben, und Rudolf Sohm[4]) erblickt darin, daß der formlose Kontrakt schlechtweg zum gültigen Kontrakt erhoben wurde, eine Verschlechterung des Obligationenrechtes und bezeichnet das Prinzip der Gültigkeit des obligatorischen Willens als „ein in dieser Allgemeinheit unbrauchbares Rechtsprinzip“[5]).

Von diesem Standpunkte ausgehend, haben auch die neueren Gesetzgebungen, vom Allgemeinen Landrechte angefangen bis zu unserem Bürgerlichen Gesetzbuche, zwar den gesteigerten Verkehrsbedürfnissen, denen die Formfreiheit „trotz der mit ihr unleugbar verbundenen Gefahren einer leichteren Übervorteilung in ganz anderer Weise als der strenge Standpunkt früherer Zeiten“[6]) entspricht, insofern Rechnung getragen, als sie im allgemeinen das Prinzip der Formlosigkeit sanktionierten, andererseits aber für eine Reihe von Geschäften, deren Natur oder Wichtigkeit es für notwendig erscheinen ließ, Schriftlichkeit oder gerichtliche oder notarielle Beurkundung oder öffentliche Beglaubigung als wesentliche Formerfordernisse einführten. Im Handelsverkehr dagegen, der sich von jeher in größerer Freiheit bewegt hatte als der allgemein bürgerliche, wurde der Grundsatz der Formfreiheit nur in geringerem Maße durch Ausnahmen durchbrochen.

---

[1]) Möser, Patriotische Fantasien, Bd. II, Nr. 24. [2]) Seidenstücker, in seinen juristischen Fragmenten, Bd. I Göttingen, 1802, S. 40—43 und bes. S. 49. [3]) v. d. Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandektenr., S. 300/301. [4]) Sohm, Die deutsche Rechtsentwicklung und die Kodifikationsfrage, zu Ztschr. f. Pr. u. öffentl. R., Bd. I, S. 247. [5]) Vgl. auch Seuffert, a. a. O. S. 169/70. [6]) Hübner, a. a. O. S. 486.

Lebenslauf.

Am 11. Februar 1887 wurde ich, Paul Hermann Endlich, zu Breslau als Sohn des Taubstummenlehrers Hermann Endlich und seiner Ehefrau Klara, geb. Engel geboren. Ich bin katholischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger.

Ostern 1893 trat ich in die Volksschule meiner Vaterstadt ein und wurde Ostern 1897 in die Sexta des Königlichen Friedrichsgymnasiums zu Breslau aufgenommen, das ich Ostern 1906 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Im Sommersemester 1906 studierte ich in Freiburg im Breisgau Rechtswissenschaft und gehörte vom Beginn des Wintersemesters 1906/07 bis zum Schlusse des Wintersemesters 1908/09 der Breslauer Universität an.

Am 10. Juli 1909 bestand ich zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 20. Juli das examen rigorosum. Am 22. Juli wurde mir von der Hohen Juristischen Fakultät die Druckgenehmigung erteilt.

An demselben Tage wurde ich zum Referendar ernannt und dem Königlichen Amtsgerichte in Canth zur Ausbildung überwiesen. In Canth wurde ich am 30. Juli vereidigt.

Während meiner Studienzeit hörte ich Vorlesungen insbesondere bei den Herren Professoren Brie, Dahn, Engelmann, Fischer, Fuchs, Heilborn, Klingmüller, Leonhard, Herb. Meyer, (†) Rümelin, R. Schmidt, Schott, Schultze, v. Wenckstern und bei Herrn Privatdozenten Ebers. Allen diesen Herren, insbesondere dem Herrn Referenten und dem Herrn Korreferenten, spreche ich meinen ergebensten Dank aus.